Die Frage der Rückverweisung im internationalen Privatrecht

DISSERTATION

zu Handen der

Juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt von

WALTER HÖHN

von Wädenswil (Zürich)

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. E. Beck

1944

Druck: Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis

Die Frage der Rückverweisung im internationalen Privatrecht

DISSERTATION

zu Handen der

Juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt von

WALTER HÖHN

von Wädenswil (Zürich)

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. E. Beck

1944

Druck: Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis

Die juristische Fakultät hat diese Arbeit am 16. Juli 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. E. Beck als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Kapitel:

ALLGEMEINES ÜBER DIE RÜCKVERWEISUNG 1

1. Das internationale Privatrecht und die Rückverweisung . . 1
2. Die Voraussetzungen für die Entstehung der Rückverweisung 3
   a) Der positive Gesetzeskonflikt 4
   b) Der negative Gesetzeskonflikt 4
   c) Terminologie 6

2. Kapitel:

ÜBERBLICK ÜBER DIE ENTSTEHUNG UND ENTWICKLUNG DER RÜCKVERWEISUNG IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT 7

I. Das erste Auftreten der Rückverweisung in der Rechtssprechung 7
   1. Die Rückverweisung in der franz. Rechtssprechung . . 9
   2. Die deutsche Rechtssprechung 13
   3. Die englische Rechtssprechung 18
   4. Die italienische Rechtssprechung 24

II. Die praktischen Auswirkungen der Rückverweisung . . . 26

III. Die Rückverweisung in den Gesetzgebungen und Staatsverträgen 35

IV. Die Rückverweisung in der eidgenössischen Gesetzgebung und Rechtssprechung 44
   1. Das Bundesgesetz betreffend die Feststellung des Zivilstandes und der Ehe 44
   2. Das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG) . 47
      Die Stellung der Entwürfe zum ZGB und Art. 59 des Schlußtitels zum ZGB 47
   3. Die Rückverweisung im NAG 51
      a) Die Handlungsfähigkeit von Ausländern in der Schweiz. Art. 7b 52
      b) Die Gültigkeit der Eheschließung. Art. 7c 53
         aa) Die Eheschließung in der Schweiz 53
         bb) Die Trauung ausländischer Ehegatten in der Schweiz Art. 7e Abs. 3 54

Seite

cc) Die Gültigkeit einer im Ausland geschlossenen Ehe Art. 7f 55
c) Die Ehescheidung und Ehetrennung 56
aa) Klage und Urteil auf Scheidung und Trennung. Art. 7i 56
bb) Die Scheidung der Auslandschweizer Art. 7g, Abs. 3 57
cc) Die Scheidung der in der Schweiz wohnhaften Ausländer. Art. 7h, Abs. 1 58
4. Die Rückverweisung in den Art. 28 und 31 des NAG . 62
a) Die Stellungnahme des Bundesgerichtes 67
b) Die Frage der Rückverweisung in Art. 28 70
c) Der Art. 31, Abs. 1 des NAG 75
d) Grundsätzliches zur Frage der Rückverweisung in der Schweiz 77

3. Kapitel:

DIE FRAGE DER RÜCKVERWEISUNG IN DER DOKTRIN . 83
1. Einleitung 83
2. Die Lehre von der Gesamtverweisung 84
3. Die Lehre der doppelten Rückverweisung 87
4. Die Lehre v. Bar's 89
5. Die Lehre vom politischen Staatsinteresse 94
6. Die Lehre der ausschließlichen Kompetenz des Heimatrechtes im internationalen Privatrecht 96
7. Schlußfolgerungen 101

Literaturverzeichnis

Arminjon: Précis de droit int. privé. 1927.

v. Bar: Theorie und Praxis des IPR. 1889. Die Rückverweisung im IPR. Zeitschrift für internationales Recht. B. 8. 1898.

Barazetti: Das IPR im Entwurf des ZGB. Zeitschrift für internationales Privatrecht und öffentliches Recht. B. 12. 1912.

Bartin: Les conflits entre les dispositions législative de droit int. privé. La théorie du renvoi. Revue de droit int. 1898. La théorie des qualification en droit int. privé. Principes de droit int. privé 1932.

Beck: Kommentar zum ZGB. 1932.

Beckhart: Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz und der Schweizer im Ausland. Diss. Zürich. 1923.

Bentwich: De la théorie du renvoi dans la jurisprudence anglaise. Clunet 1912.

Bergmann: Der Ausländer im deutschen Recht. 1934.

Bindschedler: Die Beerbung von Schweizern in Deutschland. SJZ. B. 7. 1912.

Burckhardt: Ueber die Allgemeinverbindlichkeit des IPR. Festschrift Eugen Huber. 1923.

Buzatti: Il rinvio, 1898.
Nochmals die Rückverweisung im IPR. Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. B. 8. 1898.
Die Frage der Rückverweisung vor dem Institut de droit in Zeitschrift für Privat- und Strafrecht. B. 11. 1901. Heft 1.
Conférence de la Haye pour l'unification du droit en matière de droit int. privé. Actes 1912.

Carasso: Des conflits de lois en matière de capacité civile. Thèse. Lausanne. 1938.

Despagnet: De l'avenir du droit int. privé. B. 3. 1907.

Fiore: Du conflit entre les dispositions législat. de droit int. privé. Clunet 1901.

Frankenstein: Internationales Privatrecht. 1926.

Fritzsche: Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiete des OR. Zeitschrift Schweiz. Recht. NF. 44.
Das Problem der Gesetzgebung über das IPR der Schweiz. Zeitschrift Schweiz. Recht. NF. 46.

Giesker-Zeller: Beiträge zum schweiz. IPR. SJZ. B. 14. 1917.
Die Schweiz und das Haagerabkommen über die Wirkungen der Ehe. Zeitschrift Schweiz. Recht. F. 41.

Habicht: Das IPR nach dem EG zum BGB.

Hengartner: Die Frage der Rückverweisung im IPR unter Berücksichtigung der schweiz. Gesetzgebung und Judikatur. Diss. Basel. 1937.

Homberger: Die oblig. Verträge im IPR nach der Praxis des schweiz. BG. Abhandlung zum schweiz. Recht. F. Heft 5.

Kahn: Gesetzeskollisionen. Jahrbücher. B. 30. 1891.
Die 3. Haager Staatenkonferenz für das IPR. Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht (Niemeyer). B. 12. 1902.
Abhandlungen zum IPR. 1928.

Kaufmann: Die Neuerungen im IPR der Schweiz. Zeitschrift für internationales Recht. B. 22.

Klein: Die Rück- und Weiterverweisung im internationalen Privatrecht. Archiv für bürgerliches Recht. B. 27. 1906.

Lainé: La théorie du renvoi. Revue de droit int. privé. 1906—09.

Laurent: Le droit civil int. 1910.

Leresbours-Pigeonnière: Observations sur la question du renvoi. Clunet 1924.
Précis de droit int. privé. 1928.

Lewald: Questions de droit int. de successions. Recueil des cours. 1925. B. 4.
La théorie du renvoi. Recueil des cours. 1929. B. 4.
Das deutsche IPR. 1931.
Règles générales des conflits de lois. 1941.

Louis-Lucas: La doctrine du renvoi en droit int. privé. 1931.

Lorenzen: La théorie du renvoi dans la jurisprudence anglo-americaine. Clunet 1911.

Marcusen: Das IPR des schweiz. Entwurfes zum ZGB. Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. B. 11. 1901.

Meili: Das internationale Zivil- und Handelsrecht. B. 1. 1908.
Die Hauptfragen des IPR. Zeitschrift für Völkerkunde. 1910.

Meili und Mamelok: Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haagerkonventionen. 1911.

Melchior: Festschrift für den 24. Deutschen Anwaltstag.
Die Grundlagen des deutschen IPR. 1932.

Mölich: Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz. 1913.

Neumeyer: Besprechung des IPR von Frankenstein. Jur. Wochenschau. 1926. B. 2.

Niboyet: Manuel de droit int. privé. 1928.
Les conflits de qualification et la question du renvoi. Revue de droit int. privé. 1926.

Niemeyer: Das IPR des BGB. 1901.

Nußbaum: Deutsches IPR. 1932.

Perroud: Observations sur la question du renvoi. Clunet 1925.

Piller: La condition jurid. des Suisses à l'étranger. 1918.

Pillet: Contre la doctrine du renvoi.
Revue de droit int. privé. 1913.
Traité prat. de droit int. privé. 1924.
Potu: La question du renvoi en droit int. privé. 1913. Thèse Paris.
Raape: Staudingers Kommentar zum BGB und zum EG. B. 6. 2. T. 1931.
Deutsches IPR. 1939.
Reichel: Schlußtitel. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum ZGB. Kommentar. B. 6.
Reu: Anwendung fremden Rechts 1938.
Rundstein: La structure du droit international et ses rapports avec le droit des gens.
Revue de droit int. et de législation comparé. 1936 p. 512.
Sauser-Hall: Le droit int. privé en Suisse. La vie jurid. des peuples. 1935.
Schnitzer: Handbuch des IPR. 1937.
Sécretan: Le divorce et la séparation de corps dans les rélations franco-suisses. Journal des tribunaux. Juillet-Aout 1925.
A propos des actions en divorce et en séparation de corps des époux français en Suisse et des époux suisses en France. Revue de droit int. privé. 1926.
Sewell: La Question du renvoi devant les jurisprudences de France et d'Angleterre.
Revue de droit int. privé. 1913.
Simond: Les étrangers domiciliés en Suisse. Thèse. Lausanne. 1926.
Stauffer: Das IPR der Schweiz. 1925.
Valery: Manuel de droit int. privé. 1914.
Walker: I. P. R. 1926.
Weiß: Manuel de droit int. privé. 1925.
Westlake: Notes et observations à l'institut de droit int. Annuaire de l'institut. B. 18. Annuaire abrégé. B. 4.
Wolf: Die zivilrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 25. 5. 1891. Zeitschrift Schweiz. Recht. NF. 13.
Zitelmann: IPR. 1897. 1912.

1. Kapitel

Allgemeines über die Rückverweisung

1. Das internationale Privatrecht und die Rückverweisung

Die Tatsache, daß jeder Staat den örtlichen Geltungsbereich seiner Privatrechtsgesetzgebung nach eigenem Gutdünken und ohne Rücksicht auf die Regelung anderer Staaten ordnete, mußte im internationalen Rechtsverkehr zu Schwierigkeiten führen, indem diese Gesetzgebungen miteinander in Kollision traten. Die Suche nach einer Lösung dieser Kollisionen hat zur Entstehung des internationalen Privatrechtes geführt[1]). Solche Kollisionen ergaben sich schon infolge des Gegensatzes in der Verwendung der Anknüpfungsbegriffe[2]), sodaß heute das internationale Privatrecht von Staat zu Staat sehr erhebliche Unterschiede aufweist. Wenn es auch bei vielen Gesetzgebern am Willen zur Vermeidung von Kollisionen nicht fehlte, so waren die Wege zu diesem Ziele allzu verschieden; jeder war bestrebt, seine Auffassung als die allein richtige hinzustellen. Mit Ausnahme des durch internationale Verträge geschaffenen, gibt es heute noch kein allgemein geltendes internationales Privatrecht, „sondern so viele, wie es Staaten gibt"[3]). Durch das Mittel von Staatsverträgen könnten die Gegensätze der verschiedenen Auffassungen am besten ausgeglichen werden, wodurch auch den Bedürfnissen der Vertragsparteien am meisten Rechnung getragen wäre. Der Abschluß von internationalen Verträgen, wodurch für eine Mehrheit von Staaten inhaltlich gleiches internationales Privatrecht geschaffen wird, ist aber äußerst schwierig, wie es uns die Haagerabkommen deutlichst

---

[1]) Geschichte des internationalen Privatrechtes, vgl. Melchior: Grundriß des deutschen IPR. S. 2 ff. Arminjon: Précis de droit int. B. 1. S. 10 ff.

[2]) Vgl. Diss. S. 4.

[3]) Zitelmann: Internationales Privatrecht. B. 1. S. 195.

beweisen. Das Bestreben der einzelnen Gesetzgeber, die Kollisionen auf einem anderen Wege zu vermeiden, hat zu Verweisungen geführt. Aus dem Zusammenspiel der Verweisungen verschiedener Staaten ergaben sich die Rückverweisungen. Sie bilden heute ein Grundproblem des internationalen Privatrechtes, bei dem die einander entgegenstehenden Auffassungen über die Anknüpfungen am stärksten aufeinanderstoßen.

Seit dem Bestehen einer Wissenschaft des internationalen Privatrechtes war in den verschiedenen Rechtsschulen der Grundgedanke auf die Begründung einer Weltlehre gerichtet. Die Lehre vom internationalen Privatrecht sollte nämlich nicht nur zur Lösung eines Gesetzeskonfliktes im Rahmen einer bestimmten Gesetzgebung dienen, ihr Zweck sollte vielmehr sein, dem Richter, an welchem Ort auch das Rechtsverhältnis zu beurteilen war, eine Möglichkeit zur Lösung zu geben. Mit der Zeit verschwand der Glaube an die Allgemeinverbindlichkeit des internationalen Privatrechtes. Zu Beginn des XVIII. Jahrhunderts haben viele Staaten vom Standpunkt des Einzelstaates aus Regeln zur Lösung von Fragen internationalprivatrechtlicher Natur aufgestellt.

Die ersten Ansätze zur Lösung von Gesetzeskonflikten sind im Codex Maximilianeus bavaricus civilis von 1756, sowie im preußischen Landrecht von 1794 zu erblicken; in Frankreich im Code civil von 1811 im Art. 3 (von den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg übernommen; ferner in der Schweiz im bürgerlichen Gesetzbuch des Kantons Luzern von 1831 in § 25).

Wir können diese Epoche der Kodifikation als Nationalisierung der Konfliktsregeln bezeichnen. Jeder Staat hat heute eigene Normen über internationales Privatrecht. Angesichts der großen Verschiedenheit in den Konfliktsregeln erhebt sich nun die Frage, ob es dennoch möglich sein sollte, in diesem Gebiete eine gewisse Gesetzesharmonie zu erreichen. Dieses Postulat, das dem Ideale des internationalen Privatrechtes entsprechen würde, ist das erste Mal durch Savigny aufgestellt worden[4]). Es schließt in sich, daß ein gegebenes Rechtsverhältnis, welches Beziehungen zu mehreren Rechtsgebieten hat,

---

[4]) Savigny: Pandekten. B. 8.

der gleichen Gesetzgebung unterworfen sein soll, in welchem Staate auch sich der Prozeß abspiele. Dies aus dem Grund, weil das Forum zu oft von zufälligen Umständen abhängig ist. Auch die Haagerkonventionen, die auf einzelnen Gebieten des internationalen Privatrechtes generelle Normen für die Konfliktsregeln aufgestellt haben, vermochten die unerfreulichen Folgen, die sich aus der Verschiedenheit der Konfliktsregeln in den einzelnen Staaten ergaben, nicht auszuschalten.

So ist es z. B. möglich, daß nach der praktischen Auswirkung der Haager Eheschließungskonvention eine Ehe in einem Staate anerkannt und in einem anderen Staate als nichtig erklärt wird.

Im Verlaufe der Arbeit haben wir uns mit den Fragen zu beschäftigen, die aus der Verschiedenheit der Konfliktsregeln, soweit sie mit der Rückverweisung zusammenhängen, entstehen. Dabei stellt sich die Frage, ob eine einheitliche Lösung möglich sei. In der Literatur ist oft die Meinung vertreten worden, die Rückverweisung könne als Schlüssel zu dieser Lösung dienen. Mit der Untersuchung dieser Frage werden wir uns im Folgenden zu befassen haben.

2. Die Voraussetzungen für die Entstehung der Rückverweisung

In der Verschiedenheit der Anknüpfungen der einzelnen Gesetzgebungen liegt die Hauptursache für die Entstehung der Rückverweisung. Ein Gesetzeskonflikt entsteht, wenn die in Betracht kommenden Gesetzgebungen für einen bestimmten Tatbestand nicht denselben Anknüpfungsbegriff[5]) verwenden, so z. B. wenn der eine Staat das Wohnsitzprinzip, der andere das Heimatprinzip anwendet. Die Konfliktsregeln des internationalen Privatrechtes geben Vorschriften über die Anwendung des Rechtes, indem sie die Rechtsordnung bestimmen, in welcher der Richter den materiellen Rechtssatz zu suchen hat, der in einem zu entscheidenden Fall auf eine Rechtsfrage angewendet werden soll.

[5]) Kahn: Internationales Privatrecht. S. 48.

Der Gesetzgeber knüpft bei der Auswahl der maßgebenden Rechtsordnung an ein bestimmtes Moment im Tatbestande des Rechtsverhältnisses an. Diese Tatbestandselemente, die der Gesetzgeber benützt, um an sie die Maßgeblichkeit des Rechtes anzuknüpfen, nennt man Anknüpfungsbegriffe. Sie bilden das Vermittlungsglied zwischen dem Tatbestand und der anzuwendenden Rechtsordnung. In der Wahl des richtigen Anknüpfungsbegriffes liegt die Hauptschwierigkeit für den Gesetzgeber. Der Staat kann sich dabei auf seine Hoheit über sein Territorium oder über eine beteiligte Person stützen. Das Recht desjenigen Staates kann als anwendbar erklärt werden, mit welchem eine Person z. B. durch ihre Staatsangehörigkeit verbunden ist, oder in welchem sie ihren Wohnsitz hat, oder in welchem die Sache gelegen ist, die den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildet[6]). Wenn zwei oder mehrere beteiligte Staaten verschiedene Anknüpfungsbegriffe verwenden, so entsteht ein Konflikt. Es ist zu entscheiden zwischen positiven und negativen Gesetzeskonflikten.

a) Der positive Gesetzeskonflikt

Ein positiver Gesetzeskonflikt ist vorhanden, wenn mehrere Rechtsordnungen für den streitigen Fall sich als maßgebend betrachten. Welche Schwierigkeiten in der Rechtssprechung entstehen können, soll durch folgendes Beispiel erklärt werden: Ein Italiener stirbt in Frankreich unter Hinterlassung von Immobilien, die in Frankreich gelegen sind. Der Code civil bestimmt in Art. 3 Abs. 2 die Anwendung der lex rei sitae. Der Art. 8 zum Einführungsgesetz des bisherigen italienischen Z. G. B. bestimmt die Regelung des Immobiliennachlasses nach dem Heimatrecht des Verstorbenen. Das französische wie das italienische Recht betrachten sich in diesem Falle als zuständig. Aehnliche Konflikte treten in großer Zahl auch in den übrigen Gebieten des internationalen Privatrechtes auf.

b) Der negative Gesetzeskonflikt

Ein negativer Gesetzeskonflikt entsteht, wenn das inländische internationale Privatrecht eines Staates in dem zu ent-

[6]) Vgl. v. Steiger: Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweiz. Rechtes. 1937. S. 6.

scheidenden Falle auf die Bestimmungen eines ausländischen Rechtes verweist, diese aber eine Entscheidung des in Frage stehenden Falles ablehnen. Diese Ablehnung des ausländischen Rechtes, auf das verwiesen wurde, kann in der Weise erfolgen, daß entweder die ausländische Rechtsordnung auf die inländische Rechtsordnung zurückverweist, oder ein drittes ausländisches Recht für die Beurteilung des betreffenden Rechtsverhältnisses als maßgebend erklärt. Das folgende immer wieder in der Literatur erscheinende Beispiel erklärt, ohne daß es in alle Einzelheiten untersucht werden soll, um was es sich handelt, wenn man von der Rückverweisung spricht. Ein Däne stirbt in Deutschland. Welches ist das für die Beerbung maßgebende Recht? Das deutsche internationale Privatrecht schreibt für die Beerbung in Art. 25 des E. G. zum B. G. B. die Anwendung des Rechtes der Staatsangehörigkeit vor. Das dänische internationale Privatrecht bestimmt für solche Fälle die Anwendung des Rechtes, das am letzten Wohnsitz gilt. Der deutsche Richter hat nun unter Beachtung von Art. 27 des E. G. diese Vorschrift des dänischen Rechtes zu befolgen und für die Beerbung des dänischen Erblassers deutsches inneres Recht anzuwenden. Er beachtet somit die Rückverweisung des dänischen Rechtes auf das deutsche Recht. Hätte der in Deutschland verstorbene Däne seinen Wohnsitz in Frankreich gehabt, so würde der deutsche Richter französisches Recht anwenden, was somit der Anerkennung der Weiterverweisung entsprechen würde. Die Frage, ob der Richter die Rückverweisung annehmen oder ablehnen muß, hängt vom Inhalte der Kollisionsregel ab; es kommt darauf an, wie die Kollisionsnorm auszulegen ist. Wenn die deutsche Kollisionsnorm dem Richter die Anwendung der dänischen Gesetzgebung einschließlich seiner international-privatrechtlichen Regeln vorschreibt, so ist die Voraussetzung für die Rückverweisung gegeben (von Enneccerus mit Gesamtverweisung bezeichnet). Wird auf das ausländische Recht, ohne dessen Kollisionsnormen zu beachten, verwiesen, so wird in der deutschen Doktrin von Sachnormverweisung gesprochen[7]). Es ist an

[7]) Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1931. S. 178. RGE: B. 78. S. 236. Gegen diese Auffassung Raape, vgl. Deutsches internationales Privatrecht. 1939. B. 1. S. 42.

erster Stelle für die Entstehung der Rückverweisung maßgebend, ob die Verweisung auf ein ausländisches Recht eine Gesamt- oder eine Sachnormverweisung bedeutet. Die Rückverweisung entsteht demnach durch Verweisung auf ein ausländisches Recht einschließlich seiner international-privatrechtlichen Bestimmungen, die wiederum bestimmen, daß das Recht des angerufenen Staates angewendet werden soll.

c) Terminologie

Rückverweisung ist ein technischer Begriff des internationalen Privatrechtes. Im allgemeinen wird darunter folgendes verstanden: Das Gericht eines Staates wird zur Entscheidung über einen privatrechtlichen Streit angerufen, welches gemäß den Anwendungsnormen seines Staates einer ausländischen Rechtsordnung untersteht. Gelangt es zur Erkenntnis, daß auf die Kollisionsnormen des anzuwendenden ausländischen Rechtes verwiesen wird, und daß diese ihrerseits auf das Recht des angerufenen Gerichtsstandes, somit auf die lex fori verweisen, so liegt der typische Fall einer Rückverweisung vor[8]) (renvoi au premier degré). Die Weiterverweisung entsteht, wenn die Rechtsordnung, an die verwiesen worden ist, ihrerseits nur durch ihre Kollisionsnorm an eine dritte Rechtsordnung verweist (renvoi au second degré)[9]). Z. B. es stirbt ein Deutscher, der seinen letzten Wohnsitz in Frankreich hatte, unter Zurücklassung von Liegenschaften in England. Für die Erbfolge verweist das deutsche Recht auf das französische Recht. Dieses verweist seinerseits für Liegenschaften auf das Recht der gelegenen Sache, also auf das englische Recht weiter. Die Weiterverweisung[10]) ist als die logische Folge, die sich aus der Anwendung der Rückverweisung ergeben kann, zu betrachten. Sie ist als besondere Form der Rückverweisung zu bezeichnen und aus diesem Grund in das Problem der Rückverweisung einzubeziehen.

---

[8]) Kahn: Abhandlung zum internationalen Privatrecht. B. 1. S. 302.

[9]) Als Beispiel der Weiterverweisung der § 2245 Ziff. 4 des Gebhardt'schen Entwurfes zum B. G. B.

[10]) BGE. 35. II. 473. (Anerkennung der Weiterverweisung). Vgl. Art. 1086; Ziff. 1 OR.

2. Kapitel

Ueberblick über die Entstehung und Entwicklung der Frage der Rückverweisung im internationalen Recht

I. Das erste Auftreten der Rückverweisung in der Rechtssprechung

Die Rückverweisung, die zu den umstrittensten Fragen des internationalen Privatrechts gehört, ist erst jüngeren Datums. Mit Ende des XIX. Jahrhunderts begann sich die Doktrin mit ihr eingehender zu beschäftigen, obwohl in der Rechtssprechung schon erheblich früher, wenn auch selten Fälle von Rückverweisungsanwendungen festzustellen sind, die z. T. unbewußt durchgeführt wurden[1]). Es ist das Verdienst von Niboyet[2]) auf Froland hingewiesen zu haben, der als erster in seiner Abhandlung „Mémoires concernantes la nature et la qualité des statuts" die Frage der Rückverweisung entdeckt und zur Diskussion gestellt hat. Froland weist auf zwei Entscheidungen aus den Jahren 1652 und 1653 hin, die, wenn auch ohne Bedeutung für die Rechtssprechung geblieben, als erstes Auftreten der Rückverweisung zu bezeichnen sind. Wie Niboyet sagt, sind schon bei Froland ähnliche Ueberlegungen anzutreffen, mit denen noch heute gerne in der Rückverweisungsfrage argumentiert wird.

Die Rückverweisung beginnt aber erst im XIX. Jahrhundert zu einem der wichtigsten Probleme des internationalen Privatrechtes zu werden. Als erste eine Rückverweisung enthaltende Entscheidung wird in der Regel in der Literatur der englische Fall „Collier v. Rivas" aus dem Jahre 1841 zitiert[3]). Auf dem Kontinent folgt als erste Entscheidung ein Urteil eines deutschen

---

[1]) Potu: La question du renvoi. Thèse, Paris 1912, p. 19. Philolenko: La théorie de renvoi en droit comparé 1935. B. I. p. 177.

[2]) Revue Darras. 1926. p. 16 ff..

[3]) Bate: Notes on the doctrine of renvoy. p. 9. Arminjon: Précis de droit int. privé. T. 1. p. 169.

Gerichtes aus dem Jahre 1861[4]). In beiden Fällen wurde jedoch die Bedeutung der Entscheidung nicht erkannt. Die französische Gerichtspraxis hat als erste die Bedeutung des Rückverweisungsproblemes klar erkannt, und zwar im berühmten Falle Forgo. Es wird von Interesse sein, auf den genannten Fall einzugehen, der den Anstoß zu dieser großen Kontroverse des internationalen Privatrechtes gegeben hat[5]).

Der französische Kassationshof hatte im Jahre 1878 folgenden Fall zu beurteilen. Forgo, ein bayrischer Staatsangehöriger, war im Alter von 5 Jahren nach Frankreich gekommen, wo er bis zu seinem Tode gelebt, aber nur ein „domicile de fait" im Sinne des früheren Art. 13 des Cc erworben hatte. Nach seinem Tode erhob sich ein Streit um seinen beweglichen Nachlaß. Da er nach französischem Recht keine Erben hinterlassen hatte, trat auf Grund von Art. 768 des Cc der französische Staat in seinen Besitz. Bayrische Verwandte aus einer Seitenlinie erhoben Einspruch und erklärten, auf Grund des bayrischen Rechtes zur Erbschaft berechtigt zu sein. Es stellte sich die Frage, welches Recht angewendet werden müsse. Das Gericht von Pau, das als erstes den Fall zu beurteilen hatte, war der Meinung, daß auf französischem Territorium eine Erbfolge nach der lex domicilii zu beurteilen sei. Das Urteil wurde mit der Begründung kassiert, Forgo habe nie die „admission à domicile" erhalten, die damals für die Anerkennung eines Wohnsitzes in Frankreich durch das französische Gesetz notwendig war. Das französische Recht regle den beweglichen Nachlaß von Ausländern, die kein autorisiertes Domizil in Frankreich hatten, nach dem Rechte des Geburtsdomiziles; für den Nachlaß von Forgo sei somit bayrisches Recht maßgebend. Dieses verlangte aber die Anwendung des Rechts, das am tatsächlichen Wohnsitz galt, somit also des französischen Rechts. Damit begann das Problem der Rückverweisung in den Brennpunkt der Diskussion zu rücken. Es fragte sich aber nun, ob das interne bayrische Recht, oder die genannte bayrische Kollisionsnorm anzuwenden und dadurch die Rückverweisung auf das französische Recht

[4]) Seufferts Archiv: B. 14. No. 107.
[5]) Lainé: Revue Darras 1906. p. 615 ff.

anzuerkennen sei. Auf Grund dieser Ueberlegung wurde Beschwerde erhoben wegen falscher Anwendung des bayrischen Rechtes und wegen Verletzung von Art. 768 Cc. Es wurde in der Folge französisches Erbrecht zur Anwendung gebracht. Die Zivilkammer des Kassationshofes begründete ihre Auffassung wie folgt[6]):

„Forgo n'ayant pas perdu sa nationalité d'origine et n'ayant pas obtenu du gouvernement français l'autorisation de fixer son domicile en France, sa succession doit être régie par la loi bavaroise. Mais suivant la loi bavaroise, on doit appliquer en matière de statut personnel, la loi du domicile ou de la résidence habituelle et, en matière de statut réel, la loi de la situation des biens meubles et immeubles. Ainsi dans l'espèce la loi française était seule applicable."

Mit der Begründung, daß bayrisches Recht auf das Wohnsitzrecht verweise, wurde somit das französische Recht anerkannt. Der Richter prüfte nicht näher, ob die bayrische Kollisionsnorm überhaupt zu beachten sei oder nicht, was eben den Kern der Rückverweisungsfrage bildet.

1. Die Rückverweisung in der französischen Rechtssprechung

Selten hat im internationalen Privatrecht eine neue Auffassung in der Rechtswissenschaft aller Staaten einen so starken Widerhall gefunden. Wenn in den vergangenen Jahrzehnten keine Frage des internationalen Privatrechtes in der Doktrin so grundsätzlich entgegengesetzte Auffassungen hat aufkommen lassen, so beweist dies, daß die Rückverweisung auf das Engste mit der Grundbasis des internationalen Privatrechtes verbunden ist.

Der Kassationshof wandte, wie wir sahen, an Stelle des bayrischen internen Rechtes die bayrische Kollisionsnorm an. Es übersah dabei, daß durch diese Substitution der französischen Kollisionsnorm ein neuer Inhalt gegeben wurde. Treffend bemerkt Lainé dazu: „C'est par suite d'une méprise que le renvoi a été consacré"[7]).

---

[6]) Clunet 1883. S. 64.

[7]) Revue Darras: 1906. S. 618 ff.

In der französischen Doktrin waren es Laurent und Labbé[8]), die sich als die ersten gegen diesen neuen Begriff des internationalen Privatrechtes wandten. Speziell Labbé beleuchtete die Verwirrung, die dadurch entstanden war, daß man das bayrische internationale Privatrecht dem bayrischen materiellen Recht unterstellte, welches durch die französische Kollisionsnorm als anwendbar erklärt wurde.

Die Rechtssprechung hielt sich aber in keiner Weise an die Kritik der Doktrin; sie nahm diesen neuen Begriff des internationalen Privatrechtes als eine Selbstverständlichkeit auf, ohne sich um die eventuell entstehenden Schwierigkeiten zu kümmern.

Bemerkenswert ist die Auffassung einzelner Autoren, wie z. B. von Cattelani[9]), der die Meinung vertritt, daß die Annahme der Rückverweisung in diesem Zeitabschnitt durch den zunehmenden Nationalismus bedingt wurde, wodurch eine Mehranwendung vom französischen Recht ermöglicht worden sei.

Bei der Untersuchung von Entscheidungen, die die Rückverweisung anerkennen, ist es erstaunlich festzustellen, daß eine Begründung für die Annahme derselben in der Regel fehlt. Man schien die Rückverweisung als eine feststehende Tatsache zu betrachten, und begnügte sich, festzustellen, daß das ausländische Recht eine Rückverweisung enthalte. Es dürften hier die Vorteile praktischer Natur der Rückverweisung, wie auch Gründe der Souveränität auf die Rechtssprechung ihren Einfluß ausgeübt haben.

Es soll in der Folge versucht werden, durch die Analysierung von verschiedenen Urteilen die Beweggründe der Gerichte zu ermitteln, um zu erkennen, aus welchen Gründen den Kollisionsnormen eine neue Bedeutung beigelegt wurde.

Der Forgo-Fall begann rasch auf die französische Rechtssprechung Einfluß zu nehmen. Die Rückverweisung wurde in den verschiedensten Gebieten angewandt und als generelles Prin-

---

[8]) Vgl. Labbé: Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et la loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause. Journal du droit int. privé 1882. p. 5.

[9]) Cattelani: Del conflitto fra le norme di dir. int. priv. 1897. p. 41.

zip anerkannt. Wir zitieren einige von Potu entnommene Urteile[10]).

Der Pariser Gerichtshof wandte im Jahre 1887 bei der Beurteilung der Gültigkeit der Ehe eines irländischen katholischen Geistlichen mit Wohnsitz in Frankreich die Rückverweisung an und gelangte zur Anerkennung der Ehe. Es wurde französisches Recht angewendet, weil das englische Recht, das gemäß der französischen Kollisionsnorm anwendbar gewesen wäre, auf das französische Recht als Wohnsitzrecht verwies[11]). Mit der erstaunlichen Begründung „que aucune loi n'interdit le mariage au prêtre catholique au regard de l'autorité civile" führte somit die Rückverweisung zur Gültigerklärung dieser Ehe, obwohl gemäß dem internen englischen Recht, diese Ehe ungültig gewesen wäre.

Sodann ein Urteil des tribunal de la Seine aus dem Jahre 1894. Das Gericht erklärte sich als zuständig, für einen in Frankreich wohnhaften Engländer einen Vormund zu bestimmen, und zwar wegen Verschwendung, obwohl das Heimatrecht diesen Grund nicht kennt. Man begnügte sich zu erklären, daß das englische Recht nicht auf dem Prinzip der Nationalität beruhe und das Personalstatut vom Wohnsitz abhängig mache. Es handle sich um eine Schutzmaßnahme, die im Interesse der Person sei[12]). Ein weiteres Beispiel: Ein Franzose mit Wohnsitz in Frankreich verstarb mit Hinterlassung von Immobilien in Italien[13]). Das Gericht von Marseille zögerte nicht, die ganze Erbschaft, also auch die Immobilien in Italien, dem französischen Rechte zu unterwerfen. Dies geschah aus dem Grunde, weil die französische Kollisionsnorm die Erbfolge in Immobilien dem Rechte des Ortes der gelegenen Sache unterstellt, in diesem Falle dem italienischen Recht, dessen Kollisionsnorm aber das Heimatrecht des Verstorbenen als maßgebend erklärt. Somit wurde die Rückverweisung der lex rei sitae auf das Heimatrecht anerkannt. Man müsse, so wird im Urteil ausgeführt,

---

[10]) Potu: S. 71.
[11]) Clunet: 1888. S. 638.
[12]) Clunet 1894. S. 531.
[13]) Revue Daras. 1908. S. 806.

um dem Gesetze des Staates zu folgen, wo die Immobilien sich befinden, auf das französische Recht zurückkommen. Es erscheine dies als die einzig mögliche Lösung, um einem sonst endlosen Konflikt ein Ende zu setzen. Hier stoßen wir auf die von den Rückverweisungsanhängern mitunter vertretene Idee, daß die Annahme der Rückverweisung es ermögliche, Schwierigkeiten zu überwinden, die aus der Verschiedenheit der Kollisionsnormen entstehen. Unter der großen Zahl von Urteilen, welche die Rückverweisung anerkennen, stützen sich nur wenige auf diese Ueberlegung. Die Mehrzahl begnügt sich, festzustellen, daß das auf Grund der französischen Kollisionsnorm zuständige ausländische Recht eine Rückverweisung enthalte, und man infolge dessen französisches Recht anzuwenden habe. Anders im Falle Soulié[14]), wo das Gericht den Versuch unternahm, die Rückverweisung zu begründen. Zur Beurteilung stand die Erbfolge einer Amerikanerin aus Louisiana, die mit Wohnsitz in Frankreich verstarb. Das Gericht sprach sich für die Anwendung französischen Rechtes aus, unter Anerkennung der Rückverweisung des Rechtes von Louisiana auf das französische Recht als Wohnsitzrecht. Die Annahme der Rückverweisung wurde wie folgt begründet:

„La loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger, il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi suprimé et à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues des interêts qui naissent sur son territoire."

Bezeichnend für die Gründe, die zu der Annahme der Rückverweisung führten, waren die Aeußerungen des Richters Denis[15]): „J'aime mieux que les tribunaux, quand cela leur est permis, jugent d'après la loi française que d'après une loi qu'ils ne connaissent pas."

In der Folge ist festzustellen, daß die Rückverweisung in der Mehrzahl der Entscheidungen der französischen Praxis ihren

---

[14]) Clunet 1910. S. 888 ff.

[15]) Clunet: 1912. S. 1009 ff.

Eingang gefunden hat[16]). Niboyet sagt dazu[17]): „Sur une soixantaine de décision on en compte seulement quelques-unes qui rejettent le renvoi."

Auf einige Entscheidungen, die das Prinzip der Rückverweisung ablehnen, soll später zurückgekommen werden[18]).

2. Die deutsche Rechtssprechung

Die deutsche Rechtssprechung[19]) muß in zwei Abschnitte eingeteilt werden, in die Zeit vor der Vereinheitlichung des Privatrechtes, und in die Zeit seit der Einführung des B. G. B. mit dem Einführungsgesetz. Es ist notwendig, auf einen Entscheid des Reichsgerichtes aus der Zeit vor der Vereinheitlichung des Privatrechtes zu verweisen, weil darin zum ersten Mal in schärfster Form gegen die Rückverweisung Stellung genommen wurde. Es handelte sich um eine Frage betreffend die Rechtsbeziehungen zwischen Vater und Kindern preußischer Staatsangehörigkeit, mit Wohnsitz in Baden. War der Vater als Inhaber der väterlichen Gewalt über seine Kinder, gemäß dem preußischen Rechte, oder als gesetzlicher Vertreter gemäß dem badischen Rechte zu betrachten? Das Gericht in Karlsruhe wandte auf Grund der badischen Kollisionsnorm, die das Heimatrecht als anwenbar erklärt, das preußische Recht an, ohne die preußische Kollisionsnorm zu beachten, die auf das Wohnsitzrecht verweist.

Das Reichsgericht[20]) schloß sich dieser Auffassung an. Die badische Kollisionsnorm, so wird erklärt, bezeichne nicht die zuständige Gesetzgebung, um den Gesetzeskonflikt zu lösen, sondern löse denselben durch Bezeichnung des anwendbaren materiellen Rechtes. Der Richter soll nicht verpflichtet sein, in jedem Falle sich Klarheit zu verschaffen, wie er der ausländischen Gesetzgebung entgegenkommen müsse. Vorgeschrieben sei ihm, das Personalstatut nach dem Heimatrecht zu beur-

---

[16]) Vgl. Urteile der neueren Zeit: Clunet, 1930. S. 450 ff. Cl. 1932. S. 986. Cl. 1933. S. 666 ff. Cl. 1937. S. 182 und 542.

[17]) Niboyet: Manuel de dr. int. privé. S. 479.

[18]) Vgl. Diss. S. 27/28.

[19]) RGE: B. 24. S. 306.

[20]) Vgl. Lewald: La théorie du renvoi. Recueil des cours 1929. p. 544.

teilen. Auch soll der inländische Richter nicht versuchen, um unter Umständen einander widersprechende Urteile zu verhindern, eine ähnliche Entscheidung zu treffen, wie sie der ausländische Richter für den betreffenden Rechtsfall treffen würde. Eine Divergenz der Urteile beruhe darauf, daß die internationalprivatrechtlichen Prinzipien der einzelnen Gesetzgebungen von einander abweichen. Der badische Richter wende auf badische Staatsangehörige in Preußen badisches Recht an, während der preußische Richter seine Gesetzgebung anwende, weil sich diese nach dem Wohnsitzprinzip richte.

Die meisten Urteile aus der Zeit vor der Vereinheitlichung des Privatrechtes anerkennen nicht das Prinzip der Rückverweisung. Im Art. 27 E. G. zum B. G. B. hat sich der Gesetzgeber für die Rückverweisung ausgesprochen, jedoch in einer Art, die aufs neue Zweifel und Widersprüche erweckt[21]). Der Art. 27 schreibt nämlich vor: „Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art. 7 Ziff. 1, dem Art. 13 Ziff. 1, dem Art. 15 Ziff. 2, dem Art. 17 Ziff. 1 und dem Art. 25 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung.“ Dieser Artikel betrifft nur den Fall der Rückverweisung und nicht den der Weiterverweisung. Die Beachtung der Rückverweisung betrifft Fälle aus dem Gebiete der Geschäftsfähigkeit, der Eingehung der Ehe, des ehelichen Güterrechtes, der Ehe scheidung und des Erbrechtes. Es sind dies Anwendungsfälle, die das Einführungsgesetz im Prinzip dem Heimatrecht unterstellt. Wenn nun die Kollisionsnormen des Heimatrechtes auf das deutsche Recht verweisen, so muß dieses angewendet werden. Welches ist die Tragweite der Aufzählung des Art. 27? Ist diese Bestimmung als der Ausdruck eines allgemeinen Prinzipes zu bewerten, nach dem jede Kollisionsnorm, die das ausländische Recht als anwendbar erklärt, auf die ausländische Gesetzgebung als Gesamtheit sich bezieht, oder stellt sie nur eine Ausnahmeregelung dar, die die Rückverweisung für bestimmte Fälle vorschreibt? Das war die grundsätzliche Frage, über die das Reichsgericht im ersten Urteil, das sich

---

[21]) Vgl. Diss. S. 37.

mit der Interpretation des Art. 27 des E. G. zum B. G. B. befaßte, zu entscheiden hatte[22]).

Es handelte sich um die Beurteilung der Gültigkeit einer Ehe. Ein katholischer Oesterreicher hatte auf Grund österreichischen Rechts beantragt, seine mit einer Protestantin geschlossene Ehe für nichtig zu erklären, weil deren früherer, von ihr geschiedener Ehemann noch lebte. Mußte auf Grund österreichischen Rechts somit diese Ehe als nichtig erklärt werden? Das Hamburger Oberlandesgericht sprach sich für die Gültigkeit der Ehe aus, und wandte auf Grund der durch die österreichische Kollisionsnorm ausgesprochenen Rückverweisung deutsches Recht an. Das Reichsgericht hatte zu der Frage Stellung zu nehmen, inwieweit der § 4 des österreichischen A. B. G. B. der Entscheidung zu Grunde gelegt werden durfte. Im Urteil wird ausgeführt, daß in allen Fällen, wo der deutsche Richter ausländisches Recht anwenden müsse, er verpflichtet sei, dasselbe in seiner Gesamtheit anzuwenden. Der Art. 27 dürfe nicht als eine Ausnahmebestimmung betrachtet werden, die nur einschränkend die Fälle aufzähle, nach denen es dem Richter erlaubt sei, die Kollisionsnormen des ausländischen Rechtes anzuwenden. Es wird die Regel bestätigt, daß ein Richter bei der Anwendung von ausländischem Recht verpflichtet ist, dasselbe einschließlich seiner Kollisionsnormen zur Anwendung zu bringen. Dies ist als eine Anerkennung der Rückverweisung in ihrer ganzen Bedeutung zu bewerten. Das Reichsgericht führt aus: „Sind durch die Vorschriften der Art. 13, 15, 17, 21, 25 schlechthin die Gesetze des ausländischen Staates für maßgebend erklärt, so ist man nach einer alten Auslegungsregel nicht berechtigt Unterscheidungen hineinzutragen, den allen Kulturstaaten geläufigen, sehr allgemeinen Ausdruck „Gesetz oder Recht“ in Gruppen zu spalten, je nachdem es sich um materielles Recht, um Sachnormen, oder um das auf den gegenseitigen Verkehr der Staaten bezügliche internationale Recht, die Kollisionsnormen handelt.“ Man stützte sich auch auf die bekannte Meinung, daß durch die Nichtannahme der Rückverweisung das gleiche Rechtsverhältnis durch ein deutsches Ge-

---

[22]) RGE: B. 78. S. 234 ff.

richt anders beurteilt würde, wie durch den Richter der Heimat. Man würde zu dem Resultate kommen, daß der österreichische Richter die Nichtigkeitsklage seines eigenen Staatsangehörigen abzuweisen hätte, während der deutsche Richter verpflichtet wäre, die Ehe als ungültig zu betrachten.

Das Reichsgericht hat damit gemäß der Ueberlegung, daß die Rückverweisung auf das ausländische Recht die Anwendung des ausländischen internationalen Privatrechtes bedinge, auch die Weiterverweisung anerkannt[23]). In späteren Entscheidungen des Reichsgerichtes ist festzustellen, daß die Rückverweisung nicht auf die Gebiete eingeschränkt wurde, die das deutsche internationale Privatrecht dem Herrschaftsbereich des Heimatrechtes unterstellt, sondern auch auf Fragen des Obligationen-[24]) und Sachenrechtes[25]) angewendet wurde. Das Reichsgericht legte somit dem durch die Interpretation des Art. 27 entstandenen Grundsatz eine allgemeine Bedeutung bei. Die Rückverweisung wurde nicht nur für den Fall angenommen, der durch den Art. 27 bestimmt wird, sondern auch für den umgekehrten Fall, wo die Kollisionsnorm des Forums das Wohnsitzrecht als maßgebend erklärt, dessen Kollisionsnorm auf das Heimatrecht verweist[26]).

Bemerkenswert ist, daß trotz der Autorität des Reichsgerichtes für die Rechtssprechung, das Prinzip der Rückverweisung von den Gerichten unterer Instanz nicht angenommen wurde, obwohl eine starke Tendenz vorhanden war, die Rückverweisung in der weitesten Auslegung anzunehmen. Es wurde auch nicht anerkannt, daß jede Kollisionsnorm, die eine ausländische Gesetzgebung als maßgebend erklärt, eine Verweisung auf die ausländische Gesetzgebung bedinge. Es gibt einige Entscheidungen von Oberlandesgerichten, die sich gegen die Annahme der Rückverweisung aussprechen[27]). Eine Entscheidung

---

[23]) RGE: B. 91. S. 139.

[24]) Melchior: Schuldrechtliche Rück- und Weiterverweisung im deutschen internationalen Privatrecht. Jur. Wochenschau. 1925. S. 1571.

[25]) Lewald: Récueil. 1929. B. 4. S. 548.

[26]) Das Recht, 1910. No. 4210.

[27]) Clunet 1913. S. 629. Zeitschrift für internationales Recht. B. 20. S. 548.

eines Oberlandesgerichtes von 1927[28]) begründet die Ablehnung mit dem Hinweis, daß die Aufzählung einzelner Fälle in Art. 27 es verbiete, die Anerkennung der Rückverweisung auf andere Fälle auszudehnen. In einer Entscheidung des Reichsgerichtes[29]) wird auch der ordre public bei der Rückverweisung berücksichtigt. Es handelte sich um eine Klage auf Nichtigkeit der Ehe. Ein protestantischer Oesterreicher hatte in Odessa eine lettische Jüdin geheiratet. Beide hatten die italienische Staatsangehörigkeit erworben. Nach österreichischem Rechte konnte keine gültige Ehe zwischen Christen und Nichtchristen geschlossen werden. Der Ehemann basierte seine auf die Nichtigerklärung der Ehe gerichtete Klage auf diesen Rechtssatz. Das Reichsgericht ging davon aus, daß die Nichtigkeitsklage gemäß den deutschen Kollisionsnormen dem italienischen Recht unterliege. Das italienische internationale Privatrecht beurteilt die Ehefähigkeit zur Zeit der Eheschließung nach dem Heimatrecht. Der italienische ordre public verbietet aber, wie das Reichsgericht annahm, die Berücksichtigung eines ausländischen Ehehindernisses, das auf Verschiedenheit der Konfession beruhe. Daher verwies das italienische Recht in diesem Falle nicht auf das österreichische und lettische Recht weiter. Mit der Begründung, daß der „deutsche Richter keine Veranlassung hat, eine Ehe für nichtig zu erklären, die im Heimatrecht der Ehegatten als gültig betrachtet wird", wurde die Klage abgewiesen.

Wir haben grundsätzlich die deutsche und französische Rechtssprechung gestreift und festgestellt, daß in beiden Staaten die obersten Gerichte das Prinzip der Rückverweisung angenommen und zu der neuen Doktrin positiv Stellung genommen haben.

In der Folge soll noch kurz auf die englische und italienische Rechtsspréchung hingewiesen werden, auf die englische, weil sie die besten Beispiele dafür liefert, daß die Rückverweisung angenommen wurde, um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen — auf die italienische Rechtssprechung, weil sie sich am eindrücklichsten gegen die Rückverweisung ausgesprochen hat.

---

[28]) Jur. Wochenschrift. 1928. S. 73 ff.
[29]) RGE: B. 132. S. 416 ff.

3. Die englische Rechtssprechung[30])

Der Hauptgrund für die Entstehung von Rückverweisungen auf das englische Recht ist darin zu erblicken, daß das Personalstatut nach englischer Auffassung von der lex domicilii beurteilt wird, während die meisten übrigen Staaten das Recht der Staatsangehörigkeit anwenden. In diesem Unterschied erblickt Potu[31]) mit Recht die Ursache der Entstehung der Rückverweisung. „C'est le conflit des règles anglaises et continentales qui a principalement donné naissance aux cas de renvois."

Daß in England die Rückverweisung im weitesten Umfang berücksichtigt wurde, ist aus einer Eigentümlichkeit des älteren englischen internationalen Privatrechtes zu erklären, die die Anerkennung der Rückverweisung zur Vermeidung scharfer Unbilligkeiten erforderlich machte. Es galt im englischen Recht der Grundsatz, daß ein Testament nur gültig sei, wenn es den Formen des Wohnsitzrechtes entspricht. Die Wahrung der Form des Errichtungsortes allein genügt nicht. Die Folge der strikten Durchführung dieses Prinzipes wäre die Ungültigkeit einer großen Anzahl von Testamenten gewesen, die die Erblasser in gutem Glauben an die Maßgeblichkeit der Form des Errichtungsortes errichtet hatten. Die englische Praxis milderte die Folgen einer ausschließlichen Maßgeblichkeit des Wohnsitzrechtes weitgehend, durch Anerkennung der Verweisung des Wohnsitzrechtes auf das Recht des Errichtungsortes. Der Zweck dieser Anerkennung war durchaus nicht eine Mehranwendung englischen Rechtes, sondern der Wunsch, Unbilligkeiten zu vermeiden.

In verschiedenen Urteilen wurde die Frage der Testamentsgültigkeit untersucht. In der Literatur wird in der Regel der Fall „Collier v. Rivaz" als erster Rückverweisungsfall genannt[32]). Ein Engländer starb in Belgien, wo er nach englischem Recht Wohnsitz hatte. Sein Testament war nach der Formvorschrift

---

[30]) Grunwild-Delitz: Die Rückverweisung im englischen Privatrecht. 1932.

[31]) Potu: S. 121.

[32]) Lorenzen: Cases on the conflict of Laws. 1924. S. 827.

des englischen Rechtes errichtet. Die Wills Act von 1837[33]) verlangte aber die Beachtung der Form des belgischen Rechtes, sodaß das Testament ungültig gewesen wäre. Der Erblasser hatte jedoch nach belgischem Recht in Belgien keinen Wohnsitz erlangt, wozu wie im französischen Recht eine „admission à domicile" notwendig gewesen wäre. Der englische Richter erklärte aber das Testament als gültig mit der Begründung, es wäre als solches von einem belgischen Gerichte anerkannt worden. Es wurde auf eine belgische Kollisionsnorm verwiesen, nach der das Testament eines Ausländers dann als gültig anerkannt wird, wenn es den Formvorschriften der Heimat Rechnung trägt.

Ein ähnlicher Fall würde heute auf Grund der Lord Kingsdown's Act aus dem Jahre 1861[34]) beurteilt, die spezielle Kollisionsnormen für die Testamentsform von englischen Staatsangehörigen im Ausland aufstellt. Bis 1861 galt die Wills Act, die ganz strikt nur das am letzten Wohnsitz des Testators geltende Recht anerkannte. Die Lord Kingsdown's Act ist nur als eine Ergänzung hiezu zu betrachten, weil nach wie vor für die materielle Gültigkeit des Testamentes und die sonstigen Erbrechtsfragen, soweit es sich um Mobilien handelt, das Recht des letzten Wohnortes gilt. Wie Grunwald-Delitz nachweist[35]), können eine Menge von Kollisionsmöglichkeiten dadurch entstehen, weil in den meisten Staaten des Kontinentes für die Beurteilung des Personalstatutes die lex patriae maßgebend ist. Schon allein aus der Tatsache, daß in verschiedenen Rechtsordnungen der Begriff „Wohnsitz" nicht immer die gleiche Bedeutung hat, ergibt sich die Möglichkeit einer Rückverweisung. Die Rückverweisung wurde bei der Frage der Gültigkeit eines in England nach englischer Form errichteten Testamentes eines Franzosen mit Wohnsitz in Frankreich anerkannt[36]). Dem englischen internationalen Privatrecht zufolge wird nämlich die Form eines solchen Testamentes nach dem französischen Gesetz als zuständigem Erbrecht beurteilt. Durch Berücksichtigung

[33]) Grunwald-Delitz: S. 20.
[34]) Dicey: ed. 1927 S. 758.
[35]) Grunwald-Delitz: S. 20.
[36]) Dicey: ed. 1927. S. 753.

der französischen Kollisionsnorm wird der englische Richter auf das englische Gesetz zurückverweisen und muß daher ein solches Testament als gültig betrachten.

Im Falle „in the goods of Lacroix" aus dem Jahre 1877[37]) handelte es sich um die Beurteilung eines Testamentes, das den Formvorschriften des englischen Rechtes entsprach, und von einem in Frankreich domizilierten Engländer in Frankreich errichtet worden war. Das Testament entsprach den Formvorschriften des französischen Rechtes nicht. Das Gericht nahm an, daß gemäß der Lord Kingsdown's Act das Gesetz des Errichtungsortes anwendbar wäre. Nach diesem seien aber Testamente von Engländern mit Wohnsitz in Frankreich als gültig anzuerkennen, wenn diese den Erfordernissen entsprechen, die das englische Recht für ein von Engländern in England errichtetes Testament verlangt[38]).

In der englischen Doktrin wird oft bezweifelt, ob die Rückverweisung im englischen internationalen Privatrecht als allgemeines Prinzip Geltung habe. Der Fall Johnson[39]) aus dem Jahre 1903 gab in dieser Angelegenheit Anlaß zu großen Diskussionen. Es handelte sich um eine britische Staatsangehörige maltesischer Herkunft, welche 1894 in Baden gestorben war, ohne über ihr bewegliches Vermögen von Todes wegen verfügt zu haben. Sollte das badische Recht als Recht des letzten Wohnortes maßgebend sein, dessen Kollisionsnorm die Erbfolge dem Heimatrecht unterstellte? Der englische Richter entschied, daß das maltesische Recht als das Recht des Geburtsdomiziles angewendet werden müsse. In der Doktrin ist man nicht einig, ob der Richter sich damit für die Annahme der Rückverweisung ausgesprochen habe. Der englische Richter hatte in der Urteilsbegründung weder für noch gegen die Rückverweisung Stellung genommen. Das badische Recht wurde als nicht anwendbar erklärt mit der Begründung, daß es die Verweisung der englischen Kollisionsnorm nicht annehme. Der Richter bezog sich auf die englische Kollisionsnorm, ohne der badischen

---

[37]) Bentwich: The law of domicil in its relations to successions and the doctrin of renvoi. 1911. S. 117.

[38]) Vgl. Law Times. B. 70. S. 811.

[39]) Dicey: B. 1. S. 821 ff.

Kollisionsnorm zu folgen, und erklärte das Geburtsdomizil für den Fall maßgebend, wo kein „domicil of choice" bestehe.

Eine ähnliche Frage stellte sich in der jüngeren Rechtsprechung. Wie die meisten Urteile, welche die Natur der Rückverweisung streifen, berührte ein Urteil der High Court aus dem Jahre 1926[40]) das Erbrecht. Es handelte sich um die Beurteilung der Erbfolge einer Engländerin, welche in Frankreich verstarb und dort ein „domicil of choice" im Sinne des englischen Rechtes erworben hatte, obwohl ihr die vorgeschriebene Erlaubnis des Art. 13 Cc fehlte. Die englische Praxis vertritt die Ansicht, daß die Frage, ob ein „domicil of choice" in einem ausländischen Staat erworben ist, sich ausschließlich nach englischem Recht beantworte, das hiefür den tatsächlichen Aufenthalt verbunden mit dem animus manendi verlangt. Der Richter erklärte, ein französisches Gericht würde in diesem Falle englisches Recht anwenden, weil das französische Recht die Testierfähigkeit eines Ausländers, der nach dem Art. 13 Cc keinen Wohnsitz in Frankreich erworben hat, nach dem Heimatrechte des Betreffenden beurteilen würde. Da das englische Gericht wie ein französisches entscheiden sollte, so bestand nach der Meinung des Richters nur noch die Frage, ob das französische Recht die Rückverweisung des englischen Rechtes auf das Wohnsitzrecht annehme. Die Frage wurde bejaht mit der Folgerung, daß französisches Recht angewendet werden müsse.

Das Resultat ist richtig, wenn auch die Argumentation als eine seltsame zu bezeichnen ist. Die englische Kollisionsnorm wurde vom englischen Richter im Sinne der Rückverweisung interpretiert, als eine Verweisung auf das französische Recht als Ganzes. Der englische Richter wollte wie ein französischer Richter entscheiden. Er hielt sich nicht nur an die französische Kollisionsnorm, die auf das englische Recht verweist, sondern interpretierte die Verweisung durch das französische internationale Privatrecht von neuem im Sinne der Rückverweisung, so daß ein zweites Mal durch das englische auf das französische Recht verwiesen wird. Der englische Richter wäre zum gleichen Resultate der Anwendung von französischem Recht gekommen,

---

[40]) The Times Law Reports: B. 42. S. 584 ff. Clunet 1927: S. 470.

wenn er die englische Kollisionsnorm angewendet hätte, ohne der ausländischen Kollisionsnorm Beachtung zu schenken. Die Rückverweisung hebt sich somit von selbst auf[41]. Dies scheint auch vom Richter erkannt worden zu sein, in der Begründung seines Entscheides führt er aus, daß er zu der gleichen Lösung gekommen wäre, unter Umgehung einer Reihe von Rückverweisungen, bei Anwendung französischen Erbrechtes, nach denen ein französisches Gericht einen Franzosen beurteilt hätte.

Anhänger und Gegner der Rückverweisung zitieren oft dieses Urteil und seine Begründung. Dicey betrachtet diese Entscheidung als eine Bestätigung der Anerkennung der Rückverweisung im englischen internationalen Privatrecht. Andere Autoren interpretieren es in einem entgegengesetzten Sinne[42]). Die High Court hatte im Jahre 1929 erneut in einer Erbrechtsangelegenheit Stellung zu nehmen. Die Erblasserin war in Italien verstorben. Nach der Ansicht des Richters sollte diese Frage so beurteilt werden, wie wenn ein italienisches Gericht entscheiden würde. Gemäß dem italienischen internationalen Privatrecht bestimmt sich die Erbfolge in den gesamten Nachlaß, Mobilien wie Immobilien, nach dem Rechte der Heimat des Erblassers, ohne dessen Kollisionsvorschriften zu berücksichtigen. Denn die Rückverweisung wird von der italienischen Rechtssprechung überwiegend abgelehnt. Demnach hätte ein italienisches Gericht diesen Fall nach englischem Erbrecht entschieden, und so mußte der englische Richter englisches Recht anwenden. Die Streitfrage um den Immobiliarnachlaß will das englische Recht von der lex rei sitae entschieden wissen. Das wäre in diesem Fall italienisches Recht, das auch hier die Sachnormen der lex patriae des Erblassers für anwendbar erklärt. Nach der Auffassung des Richters ist unter der lex rei sitae das Recht zu verstehen, welches das Gericht der belegenen Sache in diesem Falle anwenden würde. Der Streit um die Immobilien würde also auch nach englischem Recht beurteilt werden.

---

[41]) Vgl. Diss. S. 87. Theorie von Dicey.
[42]) Falconbridge: Renvoi and successions to movables. Law Quarterly Review. B. 46. S. 465 ff. B. 47. S. 271 ff.

In einem Falle aus dem Jahre 1930[43]) handelte es sich um die Beurteilung der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Eheschließung der Eltern. Das Kind eines Engländers war vor der Eheschließung der Eltern geboren, zur Zeit, wo der Vater mit einer anderen Frau als der Mutter des Kindes verheiratet war. Seine erste Ehe wurde in Deutschland, wo der Vater wohnhaft war, geschieden und die Eheschließung der Eltern fand ebenfalls in Deutschland statt. Man berief sich auf den Grundsatz, daß solche Kinder per subsequens matrimonium legitimiert werden, wenn das Wohnsitzrecht des Vaters zur Zeit der Geburt des Kindes und zur Zeit der Eheschließung es gestatten. Da der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes, wie auch zur Zeit der Eheschließung in Deutschland Wohnsitz hatte, müsse die Frage der Legitimation des unehelichen Kindes durch nachfolgende Eheschließung der Eltern, dem deutschen Recht unterstellt werden. Auf Grund eines Gutachtens gelangte der Richter zu der Auffassung, daß ein deutscher Richter in diesem Falle nach deutschem Rechte urteilen würde, da nach Ansicht des Reichsgerichtes auch im Falle des Art. 22 Eg zum BGB eine Rückverweisung anzunehmen ist. Das Kind wurde als ehelich erklärt, weil es nach deutschem Rechte ehelich wäre. Auch hier versuchte der Richter die Auffassung zu rechtfertigen, daß er wie ein ausländischer Richter entscheiden müsse. Die Ermittlung des Wohnsitzrechtes bedinge die Ermittlung der im Wohnsitzstaat nach dortigem Recht erworbenen subjektiven Rechte der britischen Staatsangehörigen. Dieser Inhalt könne aber nur durch die ausländische Rechtsordnung konkretisiert werden, darum müsse man auch das ausländische internationale Privatrecht berücksichtigen, jedoch mit der Einschränkung, daß es nicht den englischen Rechtsanschauungen widerspricht.

Die englischen Autoren sind unter sich nicht recht einig, ob die englische Rechtssprechung die Rückverweisung in einer definitiven Art anerkannt habe. Die bedeutendsten Vertreter der Rückverweisung sind Dicey[44]) und Westlake, Gegner der Rück-

[43]) The Law Times. B. 143. S. 616 ff.
[44]) Dicey: A digest of the law of England with reference to the conflict of laws. 1927. 3th edit.

verweisung sind Bate[45]), Lorenzen und Falconbridge[46]). In der kontinentalen Literatur wird in der Mehrzahl die Meinung vertreten, daß das Prinzip der Rückverweisung von der englischen Rechtssprechung als solches anerkannt ist. Potu vertritt die Meinung: „La conception anglo-americaine du droit international avait à sa base l'acceptation du renvoi"[47]). Niboyet sagt, daß die Rückverweisung im englischen Recht schon seit dem Ende des 18. Jahrhunderts gelte[48]).

Auch in Deutschland bejahen Angänger wie Gegner die Geltung der Rückverweisung im englischen Recht. Selbst Gegner der Rückverweisung wie z. B. Lewald[49]) anerkennen, daß die Rückverweisung im englischen Recht Geltung erlangt hat, und zwar in der Form des double renvoi, dessen Fehlerhaftigkeit er in diesem Zusammenhang aufzudecken bestrebt ist.

4. Die italienische Rechtssprechung

In Italien, wo die Schule der Staatsangehörigkeit[50]) am stärksten Boden gefaßt hat, ist immer die Tendenz vorhanden gewesen, die Rückverweisung vollkommen abzulehnen[51]). Es soll in der Folge auf ein Urteil des Appellationshofes von Rom aus dem Jahre 1906[52]) verwiesen werden, weil sich darin deutlichst die ablehnende Haltung der italienischen Rechtssprechung zeigt. Die Handlungsfähigkeit einer Italienerin, die durch ihre Ehe die Staatsangehörigkeit von San-Marino erworben hatte, stand zur Beurteilung. Ein Konflikt entstand zwischen der

---

Westlake: Private international law with principal reference to its practise in England. 1909.

[45]) Bate: Notes of the doctrine of renvoi. 1904. S. 94.
Lorenzen: La théorie du renvoi dans la jurisprud. anglo-americaine. Clunet. 1911. S. 5.

[46]) Falconbridge: Law Quarterly Review 1930. S. 465 ff. 1931. S. 271.

[47]) Potu: S. 136.

[48]) Niboyet: S. 476. Vgl. Elkin: La doctrine du renvoi en droit anglais. 1934. Clunet. S. 577 ff.

[49]) W. Lewald: Jur. Wochenschau. 1931. S. 114 ff.

[50]) Diss. S. 97.

[51]) Potu: S. 11.

[52]) Clunet 1907: S. 1345.

italienischen Kollisionsnorm, die die Handlungsfähigkeit dem Rechte der Heimat unterstellte, und der Kollisionsnorm des Rechtes von San-Marino, das das Wohnsitzrecht für zuständig erklärte. Das Gericht erklärte, obwohl die Rückverweisung historisch zu begründen sei, fehle ihr doch eine genügende Begründung in Gegenwart der positiven Bestimmungen des italienischen Rechtes für diese Fragen international-privatrechtlicher Natur. Das Gericht müsse eine andere Betrachtungsweise vorziehen und die Rechtsfrage nach dem Zwecke des Art. 6 des E. G. zum italienischen Z. G. B. lösen. Der Artikel bezwecke eine genaue und sichere Regel betreffend das Personalstatut von Ausländern aufzustellen, die es erlaube, die Wirksamkeit und Gültigkeit von Verträgen zu beurteilen, durch Bezugnahme auf das Heimatrecht dieser Personen. Da diese Regel speziell im Interesse von Rechtsverhältnissen aufgestellt sei, die in Italien eingegangen und zur Beurteilung kommen könnten, so müsse man ihr einen imperativen Charakter ohne Delegationsmöglichkeit beimessen. Das italienische Recht will ein solches Rechtsverhältnis, an das eine Frage der persönlichen Handlungsfähigkeit gebunden ist, so beurteilen, wie wenn das Rechtsverhältnis im Heimatstaate der vertragsschließenden Partei entstanden wäre. Es müsse festgestellt werden, ob das Recht des ausländischen Staates eine Norm enthalte, welche die Handlungsfähigkeit für Verträge regelt, die auf ihrem Territorium eingegangen werden. Wenn aber das ausländische Recht die persönliche Handlungsfähigkeit der eigenen Staatsangehörigen im Auslande einem anderen Recht unterstelle, z. B. dem Rechte des Ortes, wo das Rechtsverhältnis eingegangen wurde, so habe dies für die italienische Gesetzgebung keine Bedeutung, weil sich der Art. 6 des E. G. auf die internen Bestimmungen und nicht auf die international-privatrechtlichen Bestimmungen beziehen.

Die italienischen Kollisionsnormen lösen die Frage des internationalen Privatrechtes durch die Bezeichnung der Gesetzgebung, die nach der Meinung des italienischen Gesetzgebers das in Frage stehende Rechtsverhältnis lösen muß, und nicht diejenige, welche die Gesetzeskollision regelt. Mit Ausnahme weni-

ger Urteile[53]) hat sich die italienische Praxis grundsätzlich gegen die Annahme der Rückverweisung ausgesprochen.

Bevor auf die gesetzgeberischen Bestimmungen, die das Prinzip der Rückverweisung anerkennen, eingegangen wird, sollen die praktischen Auswirkungen erläutert werden, die durch die Annahme der Rückverweisung entstehen.

II. Die praktischen Auswirkungen der Rückverweisung

Die Rückverweisung ist als Prinzip von der Rechtssprechung vieler Staaten anerkannt worden[54]). Diesem Prinzip entsprechend, verweist die Kollisionsnorm des Forums, welche das ausländische Recht als anwendbar erklärt, auf die ausländische Gesetzgebung als Ganzes. Welches sind die Vorteile und welches die Nachteile, die durch die Anerkennung der Rückverweisung als allgemeines Prinzip entstehen? Die Verweisung auf die ausländische Gesetzgebung bedeutet die Verpflichtung, das internationale Privatrecht der ausländischen Gesetzgebung zu befolgen. Der Richter muß in jedem Falle das ausländische internationale Privatrecht in Beachtung ziehen, wo die Kollisionsnorm des Forums eine solche Anwendung befiehlt. Es ist aber schon schwierig, das ausländische kodifizierte Recht zu kennen und anzuwenden. Die Schwierigkeiten können bei der Anwendung von ausländischem internationalem Privatrecht noch größer sein. Man denke an den noch unvollkommenen Zustand des internationalen Privatrechtes und an die Gegensätze und Zweifel, die in jedem Staate auf diesem Gebiete herrschen, wo viele Kollisionsnormen nicht kodifiziert sind, und vielfach nur auf Grundsätzen der Praxis beruhen. Die Rechtssprechung der verschiedenen Staaten zeigt, welche Schwierigkeiten auf Grund der Anwendung von ausländischen Kollisionsnormen entstehen können. Verschiedene Urteile deutscher Gerichte haben

---

[53]) Urteil von 1933: Rivista di dir. privato. B. 5. 2. T. S. 3 ff. Urteil von 1937: Rivista di dir. commerc. 1937. B. 2. S. 547. Rivista di dir. privato. B. 9. 2. T. S. 228.

[54]) Lewald: Recueil. B. 4. S. 559.

die entstandene Unsicherheit deutlich gezeigt. So namentlich bei der Beurteilung der wichtigen Frage, ob das schweizerische internationale Privatrecht die in Deutschland wohnenden Schweizer dem deutschen Recht als dem Recht des Wohnsitzes unterstelle. Der deutsche Richter ist genötigt, z. B. bei Fragen der Handlungsfähigkeit oder der Erbfolge eines in Deutschland wohnenden Schweizers den Art. 28 des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter anzuwenden. Die meisten Entscheidungen haben den Art. 28 des zitierten Gesetzes in dem Sinne interpretiert, daß er nicht auf das Wohnsitzrecht des Schweizers im Ausland verweise[55]), und wenden Schweizerrecht für Fragen an, für welche das deutsche internationale Privatrecht das Heimatrecht anwendbar erklärt. Auch wo es sich um eine klare und genau formulierte Kollisionsnorm handelt, kann der ausländische Richter Interpretationsschwierigkeiten empfinden, da er an die Auffassung seiner eigenen Rechtssprechung gewöhnt ist[56]). So enthält z. B. das argentinische Z. G. B. in Art. 3238 eine Kollisionsnorm, welche die Erbfolge eines mit Wohnsitz im Auslande verstorbenen Argentiniers dem Rechte des letzten Wohnsitzes unterstellt. Der Gesetzestext als solcher scheint klar, dennoch wich die Rechtssprechung von ihm ab[57]). Ein französisches Urteil aus dem Jahre 1928[58]), das die Rückverweisung ablehnt, begründet diese Ablehnung damit, daß im betreffenden Fall Schwierigkeiten entstehen würden, weil die argentinische Gesetzgebung und Rechtssprechung nicht übereinstimmen.

In einem Urteil des Reichsgerichtes aus dem Jahre 1928[59]) wurde bei der Beurteilung der Scheidung von dänischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland die Frage der Rückverweisung gar nicht gestellt. Ein ähnliches Urteil fällte die Cour d'Appel von Paris im Jahre 1928[60]). Es mußte die Frage beurteilt werden, ob eine Norwegerin mit Wohnsitz in Frank-

---

[55]) Zeitschrift für internationales Recht. B. 13. S. 155. B. 20. S. 243. Vgl. RGE. B. 105. S. 34. Warneyer: No. 37. 1913.

[56]) Lorenzen: Cases on conflict of laws. S. 617.

[57]) Pillet: Traité pratique. B. 2. S. 357.

[58]) Clunet 1928. S. 1232.

[59]) Warneyers Rechtssprechung des RG. B. 20. S. 121.

[60]) Revue Darras. 1929. S. 81.

reich über ihr Vermögen ohne Einwilligung des Ehemannes verfügen könne. Das Gericht erklärte für die Beurteilung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau das norwegische Recht anwendbar als Heimatrecht. Es wurde das norwegische Recht angewendet, ohne dem norwegischen internationalen Privatrecht Rechnung zu tragen, obwohl die norwegische Kollisionsnorm auf das französische Recht zurückverweist, so daß gemäß dem Prinzip der Rückverweisung das Gericht französisches Recht hätte anwenden sollen.

Dieser Ueberblick muß zu der Auffassung führen, daß die Rückverweisung als allgemeines Prinzip anerkannt, nur die Unsicherheit der Rechtssprechung erhöhen kann. Denn sie verpflichtet den Richter, ausländische Kollisionsnormen zu interpretieren. Auch der Anknüpfungsbegriff, der für diese von Bedeutung ist, muß nach dem ausländischen Recht bestimmt werden. Erklärt die ausländische Kollisionsnorm z. B. das Wohnsitzrecht als zuständig, so muß der Begriff des Wohnsitzes nicht nur nach dem Gesetz des Forums, sondern auch nach dem ausländischen Recht erfüllt sein. Dieser Begriff stimmt aber in den verschiedenen Gesetzgebungen nicht überein[61]). Ein französisches Gericht, das über die Mobiliarerbfolge eines Engländers zu entscheiden hatte[62]), führt dazu aus: Das bewegliche Vermögen sei der Gesetzgebung des Wohnsitzes unterstellt, und weil der Verstorbene nach englischem Recht in Frankreich einen Wohnsitz erworben habe, müsse die Erbfolge der englischen Gesetzgebung gemäß französischem Recht beurteilt werden. In einem ähnlichen Urteil aus dem Jahre 1926[63]) wurde die Rückverweisung nicht befolgt, da der Verstorbene nach der Meinung des Gerichtes nicht im Sinne des englischen Rechtes einen Wohnsitz in Frankreich erworben hatte.

Das anglo-sächsische Recht bietet speziell in dieser Hinsicht einige Schwierigkeiten für den ausländischen Richter. Oft kümmern sich die Gerichte nicht darum, wenn sie die Verwei-

---

[61]) Vgl. v. Steiger: Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im IPR. 1937.

[62]) Clunet: 1899. S. 825.

[63]) Clunet: 1928. S. 1013.

sung der englischen Kollisionsnorm annehmen, ob im Sinne des englischen Rechtes ein Wohnsitz vorliege. Die Rückverweisung kann daher, wie wir sehen, die Aufgabe des Richters eher erschweren als erleichtern.

Die Anhänger der Rückverweisung erklären, es müsse die ausländische Kollisionsnorm in Betracht gezogen werden. Wie soll nun aber der Bereich der angeblichen Rückverweisung abgegrenzt werden? Oft geben die Kollisionsnormen, auch die kodifizierten, nur Lösungen für bestimmte Fälle. Auch dient der ordre public häufig dazu, eine allgemeine Kollisionsnorm zu korrigieren. Es ist also möglich, daß ein Richter bei der Anwendung einer ausländischen Kollisionsnorm ihr eine Tragweite beilegt, die nicht dem ausländischen Recht entspricht. Folgendes Beispiel aus der deutschen Rechtssprechung weist darauf hin[64]). Ein in Deutschland wohnender Argentinier wollte sich scheiden lassen[65]). Der Art. 27 des E. G. zum Z. G. B. schreibt die Anwendung der Rückverweisung des Heimatrechtes auf das deutsche Recht vor. Man fragte sich, ob wirklich das argentinische Recht in der Scheidungsangelegenheit auf das Wohnsitzrecht verweise, und ob die argentinische Kollisionsnorm, welche die Rechtsfähigkeit von Argentinien im Auslande dem Wohnsitzrecht unterstellt, auch die Scheidung betreffe, obwohl das argentinische Recht nur den Begriff der Trennung kennt. Im betreffenden Urteil wurde die Scheidung von argentinischen Staatsangehörigen in Deutschland durch Anwendung von deutschem Recht auf Grund der Rückverweisung des argentinischen Rechtes ermöglicht. Das argentinische Recht verleiht demnach einer in Deutschland ausgesprochenen Scheidung von Argentiniern mit Wohnsitz in Deutschland die vollen Wirkungen einer Scheidung, wenn die geschiedene Ehe im Ausland eingegangen wurde. Die Eheleute können sich in diesem Falle in Argentinien wieder verheiraten. Begründet wurde dies mit der Tatsache, daß wer einem Status gemäß sein Wohnsitzrecht erworben hat, befugt sei, in Argentinien die Fähigkeiten auszuüben, die sich aus

---

[64]) Dietz: Zeitschrift für interkantonales Recht. B. 19. S. 447. Frankenstein: B. 1. S. 71. Höchstrichterliche Rechtssprechung, 1930. No. 1928. Urteil des Oberlandesgerichtes von Karlsruhe aus dem Jahre 1930.

[65]) Lewald: Récueil S. 565.

diesem Status ergeben. Ist die geschiedene Ehe in Argentinien geschlossen worden, so können die geschiedenen Ehegatten mit Wirkung für Argentinien im Ausland eine neue Ehe eingehen. Es ist ihnen nur nicht gestattet, in Argentinien wieder zu heiraten. Das argentinische Recht betrachtet also die Unauflöslichkeit der Ehe nur bis zu einem gewissen Grade als zum ordre public international gehörend, darüber hinaus lediglich als eine Frage des internen ordre public. Obwohl die Scheidung in diesem Sinne in ihrer Wirkung beschränkt ist, wurde doch angenommen, daß die Zulassung der Scheidung gemäß dem deutschen Recht mit den Grundsätzen des argentinischen Rechts einschließlich seines internationalen Privatrechts in Einklang steht.

Dies zeigt die großen Schwierigkeiten, die für den Richter entstehen, wenn er verpflichtet ist, sich auf das ausländische Recht zu beziehen, um über die Tragweite der von der ausländischen Kollisionsnorm ausgesprochenen Rückverweisung zu entscheiden. Ebenso ein Fall aus der zürcherischen Praxis. Das Zürcher Obergericht hatte nämlich im Jahre 1913[66]) zu entscheiden, ob ein Gesellschaftsanteil einer deutschen GmbH in der Schweiz gültig zediert werden könne, obwohl das deutsche Gesetz für solche Zessionen die richterliche und notarielle Beurkundung des Vertrages verlangt[67]). Es sei nicht sicher, so erklärt das Gericht, ob in Deutschland die Zession eines Gesellschaftsanteiles einer GmbH nicht nach deutschem Recht beurteilt würde. Einerseits beruhe der Art. 11 des E. G. zum B. G. B. auf dem Grundsatz „locus regit actum", andererseits bestimme der Art. 30 des genannten Gesetzes, daß die Anwendung ausländischen Rechtes nicht dem deutschen Recht entgegenstehen soll. So habe ein deutsches Gericht auf Grund von Art. 30 des E. G. sich geweigert, für die Beurteilung einer in der Schweiz vollzogenen Zession eines Gesellschaftsanteiles einer deutschen GmbH Schweizerrecht anzuwenden. Aus diesen Gründen sei keine Veranlassung, von den durch das schweizerische internationale Privatrecht anerkannten Prinzipien abzuweichen, um die

---

[66]) Blätter für Zürcher Rechtssprechung. 1914. No. 173. S. 322.

[67]) Zeitschrift für internationales Recht. B. 11. S. 458.

betreffende Zession nach Schweizerrecht und nicht nach deutschem Recht zu beurteilen.

Kein Begriff ist, wie Doktrin und Rechtssprechung es beweisen, so wenig klar erfaßbar, wie derjenige des ordre public. Es ist schon recht schwer, ihn auf die eigene Gesetzgebung anzuwenden. Schwieriger ist es noch festzustellen, ob der ordre public des ausländischen Rechtes die Rückverweisung einschränkt, die durch die Kollisionsnorm der gleichen Gesetzgebung ausgesprochen wird[68]).

Abgesehen von den Schwierigkeiten praktischer Natur, die durch die Annahme der Rückverweisung entstehen, kann die Rückverweisung zu Folgerungen führen, die zu Zweifeln an der Richtigkeit dieser Theorie Anlaß geben. Die Rechtssprechung beweist, daß die Rückverweisung oft zu widerspruchsvollen Urteilen führen kann, die im Gegensatz zum ordre public des entscheidenden Richters stehen.

Die französische Rechtssprechung zeigt zwei Urteile in dieser Beziehung. Ein Franzose mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten von Nordamerika war eine Ehe eingegangen, ohne einen Ehevertrag abzuschließen, und verstarb mit Wohnsitz in Frankreich. In New York wird als gesetzlicher Güterstand das System der Gütertrennung bezeichnet, in Frankreich gilt das System der Gütereinheit. Das Recht von New York wurde vom französischen Gericht als anwendbar erklärt. Die Witwe verlangte für die in Frankreich befindlichen Mobilien die Anwendung des französischen Rechtes, weil auf Grund des internationalen Privatrechtes von New York für das im Auslande gelegene Vermögen auf das Recht am Orte der gelegenen Sache verwiesen wird.

In verschiedenen Urteilen[69]) wurde dieser Standpunkt nicht anerkannt, weil die Annahme der Rückverweisung eine nicht einheitliche Beurteilung der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach sich ziehen würde. Das Prinzip der Einheit des Güterrechtes wurde als ordre public betrachtet.

---

[68]) Vgl. H. Marti: Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im IPR der Schweiz. 1940. S. 50 ff.

[69]) Clunet: 1905. S. 379. 1906. S. 446. Vgl. Potu: S. 46 ff.

Im zweiten Urteile[70]) handelte es sich um die Erbfolge eines mit Wohnsitz in Frankreich verstorbenen Amerikaners. Es wurde das amerikanische internationale Privatrecht angerufen, für die Beurteilung der güterrechtlichen Auseinandersetzung, da der Verstorbene in New York eine Ehe eingegangen war, ohne einen Ehevertrag abzuschließen. Das Gericht anerkannte aber die durch die Kollisionsnorm von New York ausgesprochene Rückverweisung auf das am Orte der gelegenen Sache geltende Recht nicht, und zwar mit folgender Begründung:

„Qu'il y a lieu de considérer que permettre aux époux en vertu des dispositions du droit externe americain sur le renvoi . . . de se soumettre à la lex rei sitae serait porter atteindre à une loi française incontestablement d'ordre public qui consacre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales pendant le cours du mariage."

Für die Beurteilung der Erbfolge gelten im internationalen Privatrecht zwei Systeme. In der schweizerischen, deutschen und italienischen Gesetzgebung finden wir das System der Einheit der Erbfolge. Das zweite System macht dagegen eine Unterscheidung der Erbfolge in Mobilien und Immobilien. Die Erbfolge von Immobilien wird nach dem Rechte des Ortes der gelegenen Sache beurteilt, dagegen die Einheit der Erbfolge nur für Mobilien anerkannt. Dieses System der Teilung der Erbfolge ist vor allem in der englischen und französischen Rechtsprechung zu finden. Es kann durch das Mittel der Rückverweisung die Einheit der Erbfolge ermöglicht werden, wenn auch dies, gemäß dem internationalen Privatrecht der Heimat, dem Prinzipe der Unterscheidung der Erbfolge in Mobilien und Immobilien entgegensteht. Die High Court hatte im Jahre 1929[71]) die Erbfolge einer mit Wohnsitz in Italien verstorbenen Engländerin zu beurteilen. Die ganze Erbfolge, Mobilien wie Immobilien, wurde auf Grund der durch die italienische Kollisionsnorm ausgesprochenen Rückverweisung auf das Recht der Heimat dem englischen Recht unterstellt. Andererseits kann die Rückverweisung aber auch zum System der Teilung der Erbfolge

[70]) Clunet: 1928. S. 1223 ff.

[71]) The Times Law Reports. B. 46. S. 61.

führen. In der deutschen Rechtssprechung kommen Fälle vor, wo die Gerichte die in Deutschland gelegenen Immobilien der Erbfolge eines Ausländers, durch Annahme der durch das Heimatrecht des Verstorbenen ausgedrückten Rückverweisung auf das deutsche Recht, dem deutschen Erbrecht unterstellten. Der Richter wird verpflichtet, bei der Annahme der Rückverweisung eine Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien zu machen, entgegen dem System der Einheit, wie sie das deutsche internationale Privatrecht annimmt. In einem Urteile des Reichsgerichtes aus dem Jahre 1911[72]) wurde bei der Beurteilung der Frage, nach welchem Recht deutsche Grundstücke eines Franzosen vererbt werden, nur berücksichtigt, daß nach französischer Auffassung für die Beerbung von Grundstücken die lex rei sitae maßgebend sei. Es wurde festgestellt, daß die Vorschriften des Cc durch die Doktrin und Rechtsprechung in Frankreich dahin ausgestaltet worden seien, daß sich Grundstücke im allgemeinen nach dem Recht des Staates vererben, in dem sie liegen. Diese Feststellung faßte das Reichsgericht dahin auf, daß das französische Recht Vererbung nach deutschem materiellem Recht vorschreibe, weil der französische Richter, „wenn er zur Entscheidung des vorliegenden Falles berufen wäre, kraft des französischen Rechtes hinsichtlich der Erbfolge in die deutschen Grundstücke, das deutsche Recht zur Anwendung zu bringen hätte".

Wir wollen nun versuchen, die durch die Annahme der Rückverweisung entstehenden Vorteile zu erkennen. Beweist die Rechtssprechung die Richtigkeit der Auffassung der Anhänger der Rückverweisung, welche glauben, mittels der Rückverweisung eine gewisse Einheit der Entscheidungen zu erreichen, trotz Verschiedenheit der Kollisionsnormen?

Es genügt auf die ersten Entscheidungen der deutschen[73]) und französischen Rechtssprechung hinzuweisen, welche das Prinzip der Rückverweisung anerkannten. Diese Entscheidun-

---

[72]) RGE: B. 78. S. 48.

[73]) Entscheid des Oberappellationsgerichtes von Lübeck. Seufferts Archiv. B. 14. No. 107. In der Literatur als erste Anwendung der Rückverweisung der deutschen Rechtssprechung zitiert. Vgl. Potu: S. 86. Lewald: Récueil. S. 535 ff.

gen folgten dem gleichen Prinzip und dennoch führten sie zu einander entgegenstehenden Lösungen. Der französische Richter wandte im Forgo-Fall französisches Recht an, weil die Kollisionsnorm des Heimatrechtes ihn auf das Wohnsitzrecht verwies, der deutsche Richter das Heimatrecht, weil die Kollisionsnorm des Wohnsitzrechtes auf das Recht der Heimat verwies. Jeder Richter wandte also gerade die Gesetzgebung an, die er nicht hätte anwenden sollen, wenn er sich an die durch seinen Gesetzgeber aufgestellte Kollisionsnorm gehalten hätte. Diese Entscheidungen beweisen, daß es nicht möglich ist, mittels der Rückverweisung zu einer einheitlichen Lösung von Gesetzeskollisionen zu gelangen. Es wäre dies möglich, wenn die Rückverweisung nur in einem der zwei in Frage stehenden Staaten angewendet würde. Wenn aber das Prinzip der Rückverweisung als solches richtig ist, so sollte es überall befolgt werden.

Lainé und Buzatti[74]) erläuterten diese Frage an Hand des folgenden Beispieles. Die Frage mußte beurteilt werden, ob ein 19jähriger Däne mit Wohnsitz in Italien testamentarisch verfügen könne. Die Testierfähigkeit wird nach italienischem Recht mit 18 Jahren erworben, nach dänischem Recht mit 21 Jahren. In Italien wird die Testierfähigkeit nach dem Heimatrecht, in Dänemark nach dem Wohnsitzrecht bestimmt. Welches wären nun die Lösungen, wenn man von der Rückverweisung absehen würde? Der italienische Richter müßte auf Grund des dänischen Rechtes dem 19jährigen Dänen die Testierfähigkeit aberkennen, der dänische Richter müßte ihn auf Grund des italienischen Rechtes als testierfähig betrachten. Könnte nun durch die Annahme der Rückverweisung dieses Nichtübereinstimmen der Entscheidungen ausgeglichen werden? Der italienische Richter würde auf Grund der Rückverweisung italienisches, der dänische Richter italienisches Recht anwenden. Ein Uebereinstimmen der Entscheidungen ist somit nicht erreicht. Der italienische und der dänische Richter wenden ihre eigenen Gesetzgebungen an, obwohl sie entsprechend der Kollisionsnorm des Forums verpflichtet wären, ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen. Ein Uebereinstimmen der Lösungen könnte erlangt

[74]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 253 ff.

werden durch den Beweis, daß nur eine der zwei Kollisionsnormen der in Frage stehenden Gesetzgebungen im Sinne der Rückverweisung angewendet wird und die andere nur das ausländische interne Recht als anwendbar erklärt. Es ist aber möglich, daß mittels einer Weiterverweisung eine einheitliche Lösung von Gesetzeskollisionen erreicht werden kann. In einem englischen Urteil aus dem Jahre 1928[75]) handelte es sich um die Beurteilung der Erbfolge eines griechischen Staatsangehörigen, der in Aegypten verstarb. Die englische Kollisionsnorm erklärt das Recht des letzten Wohnortes für anwendbar. Es war zweifelhaft, ob der Verstorbene wirklich einen Wohnsitz in Aegypten erworben hatte, oder ob er seinen ursprünglichen Wohnort in Griechenland beibehalten hatte. Der englische Richter unterstellte die Erbfolge dem griechischen Recht, weil die ägyptische Kollisionsnorm auf das griechische Recht als das Heimatrecht verweise, und zwar auch für den Fall, daß der Verstorbene in Aegypten einen Wohnsitz erworben hätte. Die ägyptische wie die griechische Kollisionsnorm erklären das griechische Recht als anwendbar. In diesem Falle war die Anwendung der Rückverweisung vorteilhaft, weil zufällig die Kollisionsnormen der beiden in Frage stehenden ausländischen Gesetzgebungen sich der gleichen Anknüpfung bedienten.

III. Die Rückverweisung in den Gesetzgebungen und Staatsverträgen

Das Problem der Rückverweisung verdankt seine Entstehung der Rechtssprechung, die festzustellen hatte, in welcher Weise eine Kollsionsnorm zu verstehen sei. Mußte sich der Richter auf das interne Recht der ausländischen Gesetzgebung beziehen, die durch die Kollisionsnorm als anwendbar erklärt wurde, oder mußte er sich auf die ausländische Kollisionsnorm beziehen? Dies war die Frage, die die Rechtssprechung zu lösen hatte. In den gesetzlichen Bestimmungen der internationalen

[75]) Clunet: 1929. S. 188.
Lewald: Récueil S. 573.

Privatrechte waren keine Anhaltspunkte zu finden. Erst die Gesetzgebungen der letzten Jahrzehnte haben zum Problem der Rückverweisung positiv Stellung genommen. Das gleiche gilt für die internationalen Konventionen, in denen versucht wurde, einheitliche Lösungen für Gesetzeskollisionen zu finden. In den kantonalen Privatrechten der Schweiz[76]) gab es Bestimmungen, welche die Rückverweisung für gewisse Fälle allgemein oder ausnahmsweise zuließen. So wurde z. B. das Personalstatut von Ausländern nach dem Zürcher ZGB gemäß dem Heimatrecht beurteilt, unter der Voraussetzung, daß dieses ausländische Gesetz sich selbst für zuständig erklärt, ansonst das Zürcher Recht als maßgebend erklärt wurde. § 2 Ziff. 1 lautete: „Die rechtlichen Eigenschaften der Kantonsbürger richten sich selbst im Auslande nach dem Rechte ihrer Heimat, in dieser Hinsicht wird ebenso den Kantonsfremden die Anwendung ihres heimatlichen Rechtes hierorts gewährt, wenn solches nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören, vorgeschrieben wird." Das revidierte ZGB aus dem Jahre 1887 enthielt analoge Bestimmungen. So lautete z. B. der Art. 4: „Die Beerbung von Kantonsfremden, welche im Kantone gewohnt haben, wird insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurteilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, ein solches vorschreibt." Der Zürcher Gesetzgeber trägt damit dem ausländischen internationalen Privatrecht Rechnung, ohne aber ausdrücklich die Anwendung der ausländischen Kollisionsnorm vorzuschreiben. Der Ausländer ist seinem Heimatrecht unterstellt, dies aber nicht durch die Bestimmung des heimatlichen Gesetzgebers, sondern durch diejenige des Zürcher Gesetzgebers, der das ausländische Recht anwendet unter der Bedingung, daß dieses die Verweisung der zürcherischen Kollisionsnorm annimmt. Wurde die Verweisung aus dem Grunde abgelehnt, weil das ausländische internationale Privatrecht dem Wohnsitzprinzip huldigte, so mußte der Zürcher Richter das Zürcher Recht anwenden, wenn sich dieses als zuständig erklärte[77]). Das lokale Recht wurde aber angewendet nicht auf

[76]) Vgl. Potu: S. 117 ff. und die eingehende Darstellung bei Hengartner: Die Frage der Rückverweisung im internationalen Privatrecht unter Berücksichtigung der schweiz. Gesetzgebung und Judikatur. Diss. Basel 1937. S. 56 ff.

[77]) Fiore: Clunet 1901. S. 433.

Grund einer Rückverweisung einer ausländischen Kollisionsnorm, sondern auf Grund des Art. 1 des ZGB von 1887, das bestimmte, es solle im allgemeinen Zürcher Privatrecht auf alle Personen, In- und Ausländer angewendet werden, die im Kanton Wohnsitz hätten, soweit nicht die spezielle Natur des besonderen Rechtsverhältnisses entweder die Anwendung eines ausländischen Rechtes auf Zürcher Gebiet oder die Ausdehnung des Zürcher Rechtes auf ausländisches Recht erforderte. Die deutsche Gesetzgebung hat sich als erste für die Annahme der Rückverweisung ausgesprochen und zwar im Art. 27 des EG zum B. G. B.[78]). Die Entstehungsgeschichte dieses Artikels ist interessant. Im Gebhardt'schen Vorentwurf wurde die Rückverweisung als Prinzip abgelehnt, und nur für gewisse Gebiete des Personalstatutes zugelassen. In den Kommissionen verhielt man sich gegenüber der Rückverweisung ablehnend, doch wurden schließlich die Bestimmungen des Vorentwurfes angenommen. Nach Gebhardt waren es zwei Vorteile, die die Annahme der Rückverweisung ausnahmsweise erlaubten: Die Verminderung der Kollisionen und die Ausdehnung des Machtbereiches des deutschen Rechtes[79]). Gebhardt beschränkte die Rückverweisung auf die wichtigsten Fragen des Personalstatutes ein, die durch das Heimatrecht zu beurteilen seien. Die 5 Fälle der Berücksichtigung der Rückverweisung im Art. 27 haben formell das gemeinsam, daß in ihnen allen an das Heimatrecht des Ausländers angeknüpft wird, und materiell, daß sie das Personen-, Familien- und Erbrecht, nämlich die Geschäftsfähigkeit, die Eheschließung, den Güterstand, die Ehescheidung und die Beerbung (Art. 7, 13, 15, 17, 25 des EG), also das Personalstatut betreffen. Der Art. 27 ist analog in ähnlichen Fällen anzuwenden, so z. B. ist die persönliche Wirkung der Ehe von Dänen, die in Deutschland wohnen, nach deutschem Recht zu beurteilen. Wenn der Art. 27 den Art. 14 nicht erwähnt, so deshalb nicht, weil der letztere lediglich auf deutsches Recht verweist, da er eine einseitige Kollisionsnorm ist. Wäre er voll-

---

[78]) Kahn: Abhandlungen zum IPR. B. 1. S. 124.

[79]) Niemeyer: Zur Vorgeschichte des IPR im B. G. B. 1915. S. 252.

kommen gefaßt, so würden ihn der Art. 27 aufzählen, wie es die Entwürfe beweisen[80]).

Die deutsche Rechtssprechung legt dem Art. 27[81]) eine extensive Bedeutung bei. Das Reichsgericht hatte speziell die Rückverweisung als allgemeines Prinzip so aufgefaßt, nachdem jede Kollisionsnorm, die ein ausländisches Recht für anwendbar erklärt, eine Verweisung auf die ausländische Gesetzgebung als Ganzes, also mit Einschluß des ausländischen internationalen Privatrechtes bedeute. Das deutsche Beispiel hat auf die polnische und japanische Gesetzgebung seinen Einfluß ausgeübt[82]). Das polnische Gesetz anerkennt die Rückverweisung in ihrer ganzen Tragweite für alle Fragen, die dem Heimatrecht unterstellt sind. Die Weiterverweisung vom Heimatrecht auf das Recht eines dritten Staates wird anerkannt, wie auch die Rückverweisung auf das polnische Recht. Der polnische Gesetzgeber vertritt die Auffassung, daß es die Aufgabe des Gesetzgebers der Heimat ist, das auf das Personalstatut anzuwendende Recht zu bestimmen[83]). Die Rückverweisung ist in den Gesetzen einer Mehrzahl von Staaten festgelegt, wenn auch nur für einzelne Materien[84]). Ohne Zweifel ist in den Gesetzgebungen der letzten Jahre eine der Rückverweisung günstigere Einstellung zu konstatieren, und speziell für Fragen, die das Gebiet des Personalstatutes betreffen[85]). Das neue italienische Zivilgesetzbuch von 1939 hat aber im Gegensatz zum Entwurfe von 1931, wo die Rückverweisung anerkannt wurde, folgende Bestimmung in Art. 20 aufgenommen: „Wenn auf Grund der vorhergehenden Artikel ein ausländisches Gesetz angewendet werden muß, so werden die Bestimmungen dieses Gesetzes angewendet, ohne der durch dasselbe ausgesprochenen Rückverweisung auf ein anderes Gesetz Folge zu leisten."

---

[80]) Raape: Deutsches internationales Privatrecht. B. 1. S. 43.

[81]) Melchior: Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts. S. 207 ff.

[82]) Vgl. Répertoire: B. 6. S. 544 und 663.

[83]) Makarow: Die Quellen des IPR. S. 279. Polnisches IPR Gesetz von 1926. Art. 36.

[84]) Vgl. Aufzählung bei Melchior: S. 196.

[85]) Makarow: S. 68. 222.

Was internationale Abmachungen anbetrifft, die zur Lösung von Gesetzeskollisionen dienen sollen, so scheint das System der Rückverweisung als solches unvereinbar zu sein mit dem Bestehen solcher Konventionen. Diese bezwecken, eine einheitliche Lösung von Gesetzeskollisionen aufzustellen. Wie Lewald[86]) ausführt, wäre es eigentlich nicht recht verständlich, daß eine Kollisionsnorm der Konvention, die für eine bestimmte Rechtsfrage die Gesetzgebung eines vertragschließenden Staates als anwendbar erklärt, eine Verweisung auf diese Gesetzgebung mit Einschluß der Kollisionsnorm enthalten, da es gerade diejenige Norm ist, die durch die Kollisionsnorm der Konvention ersetzt werden soll.

In den Haager international-privatrechtlichen Abkommen, welche einheitliche Kollisionsnormen aufgestellt haben, ist die Rückverweisung grundsätzlich nicht anerkannt worden. Die Kollisionsnormen der Haagerverträge verweisen eher auf die interne Gesetzgebung, d. h. auf Grund dieser Normen auf das materielle Recht des zuständigen Staates. Eine Ausnahme bildet der Art. 1[87]) des Eheabkommens vom 12. Juli 1902, der wie folgt lautet: „Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi." Somit ist es möglich, daß trotz Mitgliedschaft zur Konvention, einer der vertragschließenden Staaten eine abweichende Kollisionsnorm aufrecht erhalten kann, die das Recht auf Eheschließung nicht dem Heimatrecht unterstellt, sondern eine andere Gesetzgebung als anwendbar erklärt, so z. B. diejenige des Wohnsitzes, oder des Eheschließungsortes. Die Entstehungsgeschichte dieses Artikels bis zu seiner endgültigen Annahme in der dritten Haagerkonvention[88]), beweist, daß die Teilnehmer dieser Konferenz in der Mehrzahl Gegner des Rückverweisungsprinzipes waren. So äußerte sich z. B. Asser: „Que les jurisconsultes qui se sont opposés au système du renvoi ont prouvé d'une manière irréfutable que la science du droit international

---

[86]) Lewald: Récueil. S. 578.

[87]) Vgl. Darstellung bei Hengartner: S. 139 ff.

[88]) Documents relatifs à la 3ème conférence. S. 181 ff.

privé a pour but de désigner directement la loi même qui doit régir un rapport de droit et qu'elle ne doit pas se borner à renvoyer aux règles en vigueur dans un Etat pour la solution des conflits de droit international." Aus welchen Gründen wurde nun an eine nicht anerkannte Theorie eine Konzession gemacht? Dies geschah im Hinblick auf die schweizerische Gesetzgebung, damit Rücksicht genommen werde auf die Bestimmung des Schweizerrechtes, welche eine von Schweizern im Ausland eingegangene Ehe als gültig anerkennt, wenn sie dem Rechte des Ortes der Eheschließung entspricht[89]). (B.Verf. Art. 54 Abs. 3, Art. 25 Abs. 3 des B.Ges. betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe von 1874.) Mit Ausnahme der Schweiz vertraten alle an der Konferenz teilnehmenden Staaten den Standpunkt, daß die Voraussetzungen der Eheschließung sich nach dem Heimatrecht richten.

Auf der Konferenz suchte man aus Gründen der Opportunität eine Kompromißlösung zwischen dem Heimat- und dem Wohnsitzprinzip zu finden. Man bezweckte mit dem Art. 1 zwei verschiedene Grundprinzipien miteinander zu verbinden, um zu einer für alle Staaten passenden Lösung zu gelangen. Während das Heimatprinzip als Grundlage dienen sollte, wollte man dem Wohnsitzrecht ein Zugeständnis nicht versagen. Da man aber die Anwendung des Wohnsitzrechtes nur insoweit zulassen wollte, als ein nützliches und angemessenes Resultat erzielt werden könne, wurde die Rückverweisung durch die favor negotii eingeschränkt. Ebenfalls bezweckte man, die Staaten zum Beitritte zu veranlassen, die grundsätzlich dem Wohnsitzprinzip huldigten. Die anglosächsischen wie auch die skandinavischen Staaten blieben jedoch dem Abkommen fern.

Nehmen wir an, daß die Konvention von einem Staate anerkannt wird, dessen internationales Privatrecht die Beurteilung der Ehefähigkeit dem Wohnsitzrecht unterstellt, so wäre die Folgerung, daß die Kollisionsnorm, die das Wohn-

[89]) Betreffend Wirkung und Tragweite des Art. 1 der Konvention vgl. Hengartner: S. 147 ff. Nach Inkrafttreten des ZGB hat die durch Art. 1 der Konvention dem schweiz. Recht gemachte Konzession stark an praktischer Bedeutung verloren. Der Grundsatz des Art. 54 Abs. 3 der Bundesverfassung wird durch den Art. 7f des N. A. G. erheblich eingeschränkt. Siehe Diss. S. 55.

sitzrecht als anwendbar erklärt, in dem Staate nur auf seine eigenen Staatsangehörigen angewendet werden könnte. Sie müßte aber vor der Konventionsnorm zurücktreten, wenn es sich um einen Ausländer handeln würde. Die Staaten, die in ihrem internationalen Privatrecht dem Wohnsitzprinzip huldigen, tendieren aber in erster Linie darauf, die bei ihnen wohnenden Ausländer dem Rechte des Wohnsitzes zu unterwerfen. Renault[90]) sagt dazu: „C'est surtout un expédient pour soumettre les étrangers dans un pays à la loi de ce pays; c'est le vrai but: on se désintéresse des nationaux établis à l'étranger, parce qu'on veut, avant tout, soumettre à sa propre loi les étrangers résidant sur le territoire." Die Konvention hatte gerade die Anwendung der Territorialrechte auf Ausländer ausschließen wollen.

In den Genferabkommen[91]) zur Vereinheitlichung des Wechsel und Checkrechtes von 1930 und 1931 ist ebenfalls die Rückverweisung anerkannt worden.

Art. 1 lautet:

„La capacité d'une personne de s'engager par lettre de change est déterminé par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétante la loi d'un autre Etat, c'est cette dernière loi qui sera compétente."

In der Schweiz ist im revidierten O. R. im Art. 1086 Ziff. 1 die Rück- und Weiterverweisung anerkannt. Der Abs. 1 lautet: „Die Fähigkeit einer Person, eine Wechselverbindlichkeit einzugehen, bestimmt sich nach dem Rechte eines Landes, dem sie angehört. Erklärt dieses Recht das Recht eines anderen Landes für maßgebend, so ist das letztere Recht anzuwenden." Eine gewisse Rechtsunsicherheit wurde dadurch vermieden, daß vom Staate auf den verwiesen wird, nur eine Rück- oder Weiterverweisung anerkannt wird. In der schweizerischen Gesetzgebung

---

[90]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 559. Meili & Mamelok: Das internationale Privatrecht auf Grund der Haager Konvention. S. 93.

[91]) Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz (Bbl. 1931. II. S. 365). Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiete des internationalen Wechselprivatrechtes (Bbl. 1931. II. S. 390).

Abkommen über das Verhältnis der Stempelgesetze zum Wechselrecht (Bbl. 1931. II. S. 397).

war vor allem der Wille und die Tendenz zur Mitarbeit an der Vereinheitlichung eines internationalen Wechselrechtabkommens ausschlaggebend für die Fassung des Art. 1086 Ziff. 1. Dieser Art. entspricht dem Art. 822 Ziff. 1 des alten O. R., der eine Verweisung auf die Sachnorm des Staates enthielt, dem die Ausländer angehörten[92]). Mit der Interpretation dieses Artikels tauchte die Frage der Rückverweisung auf. Götzinger[93]) sagt dazu in seinem Kommentar: „Bezeichnet das ausländische Recht seinerseits das Recht des Wohnortes für maßgebend, so kommt dieses zur Anwendung, also das schweizerische Recht, wenn der Ausländer im Zeitpunkt der Wechselzeichnung in der Schweiz gewohnt hat." Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Gesetz war nicht gefordert. Dies ist ersichtlich aus einer Anfrage der Haagerkonferenz für Vereinheitlichung des Wechselrechtes an die Schweizerregierung: „Quelles sont les règles du droit international privé applicables à la capacité des signataires d'une lettre de change?" Die Antwort lautete: „La capacité de signer des obligations de change est régie par la loi nationale du signataire. Toutefois, une personne incapable au régard de sa loi nationale s'oblige valablement par sa signature à l'étranger, lorsque d'après la loi étrangère elle jouit de sa capacité"[94]). Die Festlegung der Rückverweisung war also nicht erwünscht. Der von der Schweizerregierung geforderte und im O. R. Art. 1086 Ziff. 2 auch enthaltene Vorbehalt entspricht dem Art. 7b Ziff. 1[95]) des NAG betreffend die handlungsunfähigen Ausländer in der Schweiz.

Der Grund der Anerkennung der Rück- und Weiterverweisung im revidierten OR ist darauf zurückzuführen, daß die Bestimmungen über den Wechsel mit wenig Abänderungen dem

---

[92]) Art. 822,1: Die Fähigkeit von Ausländern, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, richtet sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören.

[93]) Götzinger: Der Wechsel. Kommentar zum O. R. 1915. S. 425.

[94]) Haager Wechselrechtskonventionen, 1910. S. 407. Documents. Vgl. Hengartner S. 185.

[95]) Art. 7b Ziff. 1: Ein handlungsunfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann sich auf seine Unfähigkeit nicht berufen, wenn er nach schweiz. Recht zur Zeit des Abschlusses handlungsfähig gewesen wäre.

Haagerabkommen von 1912 entnommen wurden. Die Haagerabkommen wurden nicht ratifiziert, doch stellte die Genfer Wechselkonvention von 1930[96]) auf das Haagerabkommen von 1912 ab, auf das sich auch der bundesrätliche Entwurf des revidierten O. R. vom 22. 2. 1928[97]) gestützt hatte (vgl. das Anpassungsgesetz vom 12. 2. 1932)[98]). Das von der Wissenschaft so stark angefochtene Prinzip der Rückverweisung wurde von den Haagerabkommen[99]) aus Rücksicht auf die Staaten, welche die Wechselfähigkeit nicht dem Heimatrechte unterstellten, anerkannt.

Der Gegensatz von Wohnsitz- und Heimatprinzip ist nicht durch die Rückverweisung auszugleichen. Die südamerikanischen Staaten unternahmen den Versuch der Vereinheitlichung der Privatrechte der einzelnen Staaten, die zum Teil auf dem Heimatprinzip, zum anderen Teil auf dem Wohnsitzprinzip beruhen. Ein Vorschlag, der auf Basis des Wohnsitzrechtes beruhte unter gleichzeitiger Konzession an das Heimatrecht, lautete wie folgt: „L'état et la capacité des personnes sont régis par la loi du domicile, à moins qu'une disposition expresse de cette loi ne se réfère à une autre loi." Ein anderer Vorschlag basierte auf dem Grundsatze der Haager Ehekonvention. Schließlich einigte man sich auf folgender Kompromißlösung:[100]): „Chaque Etat contractant appliquera, à titre de loi personelle, soit la loi du domicile, soit la loi nationale conformément au système qu'à adopté ou qu'adoptera dans l'avenir sa législation interne." Diese Bestimmung läßt somit den vertragsschließenden Staaten völlige Freiheit in der Anwendung des Heimat- oder des Wohnsitzrechtes. Mit treffender Ironie bemerkt Philolenko[101]): „Le prétendu accord, consiste en ce que tout le monde est d'accord sur le point de savoir que personne n'est d'accord."

---

[96]) Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz. BBl. 1931. 11. S. 365. und S. 390.

[97]) BBl. 1928. 1. S. 205 ff.

[98]) BBl. 1932. 1. S. 217.

[99]) Actes. 1912. B. 1. S. 40.

[100]) Art. 7 des Code Bustamente. Lewald: Récueil S. 581. Bustamente: La comission des jurisconsultes de Rio de Janeiro et le droit international. S. 107. 1928.

[101]) Clunet. S. 327. 1928.

IV. Die Rückverweisung in der eidgenössischen Gesetzgebung und Rechtssprechung

Wie früher erwähnt[102]), haben einzelne kantonale Zivilgesetzbücher die Rückverweisung für bestimmte Fälle anerkannt oder ausnahmsweise zugelassen[103]).

1. Das Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe (24. Dezember 1874)[104])

Die Rückverweisung wird in diesem Bundesgesetz in zwei Artikeln anerkannt. Es sind dies der Art. 37 (über die Trauung) und Art. 56 (über die Ehescheidung). Potu[105]) glaubt auch im Art. 54 eine Rückverweisung zu erkennen, was jedoch nicht anzunehmen ist. Der Art. 54 lautet:

„Eine im Ausland unter der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe wird nur dann als ungültig erklärt, wenn die dagegen erhobene Nichtigkeitsklage sowohl nach der Gesetzgebung, unter welcher die Ehe abgeschlossen wurde, als nach dem gegenwärtigen Gesetz begründet ist."

Der Schweizer Richter muß die ausländische Gesetzgebung berücksichtigen, um über die Nichtigkeit einer Ehe zu urteilen. Der Artikel 54 erklärt aber nicht das ganze ausländische Recht mit Einschluß seiner Kollisionsnormen als anwendbar, sondern nur dessen materielles Recht. Die Beachtung einer ausländischen Sachnorm bedeutet nicht eine Rückverweisung. Im Gegensatz dazu sind bei den Art. 37 Ziff. 4 und 56 die Kollisionsnormen des ausländischen Rechtes zu berücksichtigen. Der Art. 37 Ziff. 4 lautet wie folgt:

„Ist der Bräutigam Ausländer, so kann die Trauung nur auf Vorlage einer Erklärung der zuständigen auswärtigen Be-

---

[102]) Vgl. Diss. S. 36.

[103]) Ausführliche Darstellung bei Hengartner: S. 56 ff.

[104]) Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. 1875. NF. B. 1. S. 506 ff.

[105]) Potu: S. 187 ff.

hörde erfolgen, wenn die Anerkennung der Ehe mit allen ihren Folgen ausgesprochen ist."

Es stellt sich die Frage, wie der in Art. 37 vorgesehene Einfluß der ausländischen Gesetzgebung und der ausländischen Behörde zu verstehen ist? Muß der schweizerische Richter, wenn er das ausländische Recht berücksichtigen soll, das materielle Recht oder die Kollisionsnorm in Betracht ziehen?[106]) Der Gesetzestext läßt keinen Zweifel zu. Die Ehe ist nur gültig, wenn die ausländischen Behörden sie als solche anerkennen. Die schweizerischen Behörden haben sich für die Beurteilung der Ehefähigkeit auf den gleichen Standpunkt zu stellen, wie die ausländischen Behörden, die sich über die Möglichkeit der Trauung auszusprechen haben, unter Berücksichtigung der internationalprivatrechtlichen Normen. Die ausländische Kollisionsnorm kann aber ihrerseits auf ein ausländisches Recht verweisen. Die Trauung kann in der Schweiz nur dann vorgenommen werden, wenn das ausländische Recht auf das schweizerische Recht zurückverweist[107]).

Der Art. 56 lautet:

„In bezug auf Ehen zwischen Ausländern darf eine Scheidungs- und Nichtigkeitsklage von den Gerichten nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urteil anerkennt."

Eine Scheidungs- oder Nichtigkeitsklage darf also nur dann angenommen werden, wenn der Nachweis erbracht wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urteil anerkennt. Das Bundesgericht sprach sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1879[108]) wie folgt aus: „Für diesen Nachweis ist keineswegs unbedingt die Beibringung einer diesbezüglichen Erklärung notwendig, sondern es genügt, wenn aus der Gesetzgebung und der Gerichtspraxis des ausländischen Staates dargetan wird, daß die von den auswärtigen Gerichten am Wohnort des Ehemannes ausgesprochene Entscheidung anerkannt

---

[106]) Roguin: Conflits des lois suisses. S. 55.
Müller: Zeitschrift für schweizerisches Recht. 1886. S. 425.

[107]) Vgl. Kreisschreiben des Bundesrates betreffend Eheschließung von amerikanischen Bürgern in der Schweiz. BBl. 1887. B. 3. S. 70.

[108]) BGE: 5. S. 264.

wird, bzw. anerkannt werden muß." Dieser Nachweis konnte in der Regel nicht erbracht werden, sodaß Ausländer nur ausnahmsweise geschieden werden konnten[109]). Das Haager Ehescheidungsabkommen von 1905 ermöglichte es erst Angehörigen gewisser Konventionsstaaten, sich in der Schweiz scheiden zu lassen. Eine Klage auf Trennung war nicht möglich, weil das Schweizerrecht eine solche Klage nicht kannte. Die Rückverweisung ist deutlich zu erkennen aus dem Satz, „wenn nachgewiesen wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urteil anerkennt". Ein ausländisches Urteil wird nur dann anerkannt, wenn es den Grundsätzen des eigenen Rechtes und der Gerichtsbarkeit entspricht. Der Schweizerrichter ist aus Gründen der Anerkennung der Scheidung von Ausländern in deren Heimatstaat gezwungen, dem Rechte und den international-privatrechtlichen Normen dieses Staates Rechnung zu tragen. Die ausländischen Kollisionsnormen, die auf das schweizerische Recht wie auf ein anderes Recht verweisen, müssen anerkannt werden. Nur so wird der Zweck des Art. 56 erreicht, da nur auf diese Weise die Anerkennung von ausgesprochenen Entscheidungen durch den Heimatstaat gesichert ist. Die Möglichkeit der Ehescheidung war gemäß Art. 56 nicht vom materiellen Rechte der Heimat der Eheleute abhängig, sondern von den materiellen Normen desjenigen Rechtes, dem die Kollisionsnorm des Heimatrechtes die Ehescheidung unterwarf.

Das Zürcher Bezirksgericht vertrat in einem Urteile aus dem Jahre 1910[110]) die Meinung, daß England jede nach dem Wohnsitzrecht gültige Scheidung anerkenne und sprach die Scheidung von in der Schweiz wohnenden Engländern, unter Beachtung der Rückverweisung des englischen Rechtes auf das schweizerische Recht, aus. Der Art. 56 entspricht inhaltlich dem Art. 7h des NAG, somit wäre der von dem Zürcher Bezirksgericht beurteilte Fall, auch nach heute geltendem Rechte, gleich entschieden worden.

---

[109]) Vgl. Baer: SJZ B. 9. S. 217.
Kaufmann: Die Neuerungen im IPR der Schweiz. Zeitschrift für internationales Recht. B. 22. S. 473.

[110]) SJZ B. 8. S. 372.

2. Das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (N. A. G.) (25. Juni 1891)[111])

Das Bundesgesetz über die Feststellung und Beurkundung der Ehe von 1874 und das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit aus dem Jahre 1881 enthielten die ersten Bestimmungen betreffend die Rechtsstellung von Schweizern im Ausland und von Ausländern in der Schweiz.

Die wichtigsten bis heute geltenden Bestimmungen brachte das Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse von Niedergelassenen und Aufenthaltern aus dem Jahre 1891. In diesem Gesetz, das nur die wichtigsten Probleme des interkantonalen und internationalen Personen-, Familien- und Erbrechtes berücksichtigt, wurde vorwiegend das Wohnortsprinzip zur Anwendung gebracht.

Der Bund erhielt die Kompetenz zu einer Regelung des interkantonalen und internationalen Privatrechtes auf Grund der Art. 46 und 47 der Bundesverfassung, wobei in Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte des Wohnsitzes stehen sollten[112]). Dieses Gesetz war vor allem für das interkantonale Recht aufgestellt. Die hiefür geltenden Bestimmungen wurden dann vielfach im internationalen Recht als analog anwendbar erklärt. Um Gesetzeskollisionen zu vermeiden, war es notwendig, trotz Festlegung des Wohnsitzprinzipes, an das Heimatrecht gewisse Konzessionen zu machen. Den Ausweg glaubte man in der Festlegung der Rückverweisung zu finden.

a) Die Stellung der Entwürfe zum ZGB und Art. 59 des Schlußtitels zum ZGB[113])

Im Jahre 1898 erhielt der Bund auf Grund von Art. 64 der Bundesverfassung die Kompetenz zur einheitlichen Regelung

---

[111]) Beck: Kommentar; S. 50 ff. Bader: Das Bundesgesetz betreffend NAG. S. 3. Wolf: Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht NF. 13. S. 1 ff.

[112]) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung. BBl. 1887/1891.

Vgl. Simond: Les étrangers domiciliés en Suisse. 1926. S. 14 ff.

[113]) Marcusen: Zeitschrift für internationales Privt- und Strafrecht. 1901. B. 11. S. 37 ff. Kaufmann: Die Neuerungen im IPR der Schweiz. Zeitschrift für internationales Recht. B. 22. S. 347 ff.

des Privatrechtes. Der Verfasser, Eugen Huber, wollte das internationale Privatrecht im ZGB unmittelbar im Anschluß an die Regelung des materiellen Rechtes ordnen. Der erste Entwurf (1900) enthielt daher die international-privatrechtlichen Bestimmungen im ganzen Entwurf zerstreut[114]). In der großen Expertenkommission wurde beschlossen, die Normen des internationalen Privatrechtes in den Schlußtitel zu verweisen[115]). Der dritte Entwurf (1905)[116]), der auch das OR enthielt, brachte in den Art. 1741 bis 1773 eine zusammenhängende Regelung des internationalen Privatrechtes. Man entschloß sich dann aber, das N. A. G. bis zu einem Erlasse eines neuen Gesetzes in Kraft zu lassen, und lediglich durch die notwendigen Bestimmungen zu ergänzen. (Art. 61 des Schlußtitels zum ZGB, der gemäß den Uebergangsbestimmungen zum OR, jetzt als der Art. 59 bezeichnet wird und das N. A. G. durch die Art. 7a—i ergänzt.) Neben dem N. A. G. sind noch heute einzelne international-privatrechtliche Normen in den verschiedenen Gesetzen vorhanden[117]), so z. B. in der Bundesverfassung in den Art. 46 und 54 Abs. 3, ferner die Bundesgesetze betreffend die Erwerbung des Schweizer Bürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe von 1903, revidiert durch ein Gesetz vom 25. 6. 1920 in den Art. 3 und 10, sowie durch den Bundesratsbeschluß vom 11. 11. 1941.

Auch im ZGB sind verschiedene Bestimmungen zu finden, die international von Bedeutung sind, so in den Art. 11 Abs. 1; 22; 24 Abs. 2; 35 Abs. 2 und 106 Abs. 2; 312 und 313. Für das internationale Sachenrecht fehlt eine gesetzliche Ordnung, sodaß der Richter die international-rechtlichen Kollisionsfragen auf Grund von Art. 1 ZGB zu lösen hat[118]). Im OR sind die Art. 1086—1095, die die Wechselfähigkeit und die Gültigkeit von Wechselerklärungen bezeichnen, maßgebend, ferner die Art 1138—1142 über den Geltungsbereich beim Check. Im übrigen ist die Rechtssprechung des Bundesgerichtes wegleitend, da in

---

[114]) Schweiz. ZGB. Vorenwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes.

[115]) Meili: Die Kodifikationen des schweiz. Privat- und Strafrechts. 1901. S. 114. BBl. 1904. B. 4. S. 100 ff.

[116]) BBl. 1905. B. 11. 1905. BBl. S. 77 ff.

[117]) Sauser-Hall: La vie juridi.ue des peuples. 1935. S. 401.

[118]) BGE: 49. 2. 224. Haab: Kommentar zum Sachenrecht B. 6. S. 35.

Ermangelung von Bestimmungen international-privatrechtlicher Fragen aus dem Gebiete des OR die einzelnen Fragen nach Anleitung von Art. 1 des ZGB zu lösen sind[119]). Die Frage der Rückverweisung ist in den Vorarbeiten zum ZGB nicht zur Diskussion gekommen, wie dies aus den Ausführungen von Marcusen und Barazetti[120]) hervorgeht. Obwohl sich die Entwürfe nicht darüber äußerten, glaubt Marcusen, daß sich die Zulässigkeit der Rückverweisung aus zwei Bestimmungen ergebe. Es sind dies der Schlußtitel, 1. Abschnitt, II, der wie folgt lautet: „Die Bestimmungen des Personen-, Familien- und Erbrechtes gelten für Ausländer, sobald sie entweder seit ihrer Geburt oder seit 10 Jahren ohne Unterbruch ihren Wohnsitz in der Schweiz gehabt haben. Andere Ausländer werden nach dem Rechte beurteilt, dem sie nach ihrem Heimatrecht unterstellt sind."

Ferner der Art. 211 Abs. 3:

„Verlegen Ehegatten ihren Wohnsitz ins Ausland, so richtet sich die Fortdauer des schweizerischen Güterrechtes nach dem Rechte ihres neuen Wohnsitzes."

Marcusen schreibt dazu: „Da nach II Abs. 2 für die Ausländer in der Schweiz mit Ausnahme der seit ihrer Geburt oder seit 10 Jahren ohne Unterbruch in der Schweiz ihren Wohnsitz gehabt haben, auf dem Gebiet des Personen-, Familien- und Erbrechtes ihr Heimatrecht gilt, und das letztere auf das Domizil verweisen kann, so ist die Möglichkeit einer Rückverweisung gegeben. Da die Unterstellung der Ausländer nach Schweizer Recht prinzipiell nicht abgelehnt wird, so liegt kein Grund vor, eine solche Rückverweisung nicht anzunehmen." Ueber den Art. 211 Abs. 3 schreibt er wie folgt: „Nach diesem Artikel wird die Fortdauer des in der Schweiz begründeten ehelichen Güterstandes, wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt haben, von dem Rechte des Wohnsitzes abhängig gemacht. Das Wohnsitzrecht kann aber seinerseits die Staatsangehörig-

---

[119]) Vgl. Homberger: Die obligat. Verträge im IPR nach Praxis des BG. Abhandlung zum schweiz. Recht. NF. Heft 5. S. 6 ff.
Schnitzer: Handbuch des IPR. S. 273 ff.

[120]) Marcusen: Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. B. 11. 1901. S. 43. Barazetti: Zeitschrift für intern. Privat- und öffentliches Recht. B. 12. 1902. S. 272 ff.

keit als Anknüpfungsmoment verwenden und somit auf das Schweizer Recht zurückverweisen." Der Art. 212 Art. 3 sieht aber die Rückverweisung in keiner Weise vor und bestimmt nicht wie der Schlußtitel II Abs. 2 daß dasjenige Recht maßgebend sei, dem die Ehegatten nach Heimatrecht unterstehen. Diese Bestimmung läßt hingegen die Rückverweisung als auch die Weiterverweisung zu. Es erklärt vielmehr das neue Wohnsitzrecht für zuständig, und erwartet nicht erst von diesem die Bestimmung des maßgebenden Gesetzes[121]). Es handelt sich also nicht um eine stillschweigende Festlegung der Rückverweisung durch das Gesetz, sondern um eine ganz bestimmte, ausdrückliche Sachnormverweisung.

Zum Entwurf von 1900, der verschiedene Meinungsverschiedenheiten ausgelöst hatte, bemerkt Barazetti[122]): „Es ergibt sich, daß es nur wünschenswert ist, daß der schweizerische Gesetzgeber, um allen Zweifeln entgegenzutreten, durch eine klare Bestimmung, die den allgemeinen Kollisionsnormen anzugliedern wäre, sich ausspricht, wie es sich mit der Rück- und Weiterverweisung halte. Er muß zu dieser Frage bestimmte Stellung nehmen im Interesse der Klarheit des Gesetzes."

Der Entwurf von 1905 enthält eine Rückverweisung in den Art. 1744 und 1745, die folgenden Wortlaut haben[123]):

Art. 1744:

„In den Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechtes gilt für die Schweizer das schweizerische Recht, auch wenn sie ihren Wohnsitz im Ausland haben. Stellt sie jedoch das Ausland unter das Recht ihres Wohnsitzes, so werden sie auch in der Schweiz nach diesem beurteilt. Mit Bezug auf ihre in der Schweiz liegenden Grundstücke verbleiben sie, auch wenn sie sonst dem ausländischen Recht unterstellt sind, unter dem schweizerischen Recht."

Art. 1745:

„In den Fragen des Personen-, Familien-Erbrechtes gilt

---

[121]) Hengartner: S. 79. Die Frage der Rückverweisung im int. Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweiz. Judikatur.

[122]) Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht. 1902. S. 273 ff.

[123]) Kaufmann: Die Neuerungen im IPR der Schweiz. Zeitschrift für internationales Recht. 1912. S. 449.

für die Ausländer das schweizerische Recht, wenn sie in der Schweiz geboren sind und ihren Wohnsitz haben. Andere Ausländer werden nach dem Rechte beurteilt, das ihre Heimat für sie als maßgebend erklärt."

Im Art. 1745 Abs. 2 wird auf das internationale Privatrecht des Heimatstaates verwiesen. Dieses kann das eigene Recht oder auch das Wohnsitzrecht als anwendbar erklären. Im letzteren Fall wäre eine Rückverweisung gegeben.

Die wichtigste Neuerung des Entwurfes war, daß mit Bezug auf personen-, familien- und erbrechtliche Verhältnisse grundsätzlich das Wohnsitzrecht für diejenigen Ausländer angewendet werden sollte, die in der Schweiz geboren sind. Für andere sollte das Heimatrecht gelten. Es war dies eine Unterscheidung, welche in dem Fehlen jeglichen Zwanges zur Einbürgerung in der Schweiz ihre Berechtigung fand.

Dieser Entwurf wurde jedoch nicht zum Gesetze erhoben. Im Hinblicke auf weitere internationale Abkommen auf dem Gebiete des Privatrechtes, wollte man sich durch die inländische Gesetzgebung nicht allzusehr binden, und so wurde schließlich die örtliche Anwendbarkeit des ZGB durch einen Hinweis (in Art. 59 des Schlußtitels) auf das NAG unter Anfügungen einiger Ergänzungen zu demselben, die formell als Art. 7a—i gedacht sind, geregelt.

3. Die Rückverweisung im N. A. G.[124])

In der Literatur vertritt Simond[125]) die Auffassung, daß die Art. 8; 9 und 22 Abs. 2 dieses Gesetzes die Rückverweisung vorschreiben. Dagegen ist einzuwenden, daß wenn auf das „Heimatrecht" verwiesen wird, es sich hier nicht um eine Gesamtverweisung handelt. Die Unterstellung unter das Heimatrecht bedeutet die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen der lex patriae, nicht aber auch der dortigen Kollisionsnorm[126]). In der Doktrin ist, abgesehen von den Art. 7a und 7d, schon in jedem Artikel eine Rückverweisung erblickt worden.

---

[124]) Vgl. Hengartner: S. 81 ff.

[125]) Simond: Les étrangers domiciliés en Suisse. 1926. S. 42.

[126]) Meili: Handbuch, B. 1. S. 167 ff. Petitpierre: Revue Lapradelle. B. 7. S. 158.

Wie wir sehen werden, enthalten nur die Art. 7e, 7g, und 7h die Möglichkeit der Rückverweisung, während in den Art. 7b, 7c, 7f und 7i die Rückverweisung nicht enthalten ist.

a) Die Handlungsfähigkeit von Ausländern in der Schweiz[127])

Art. 7b

Art. 7b Abs. 1 lautet:

„Ein handlungsunfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann sich auf seine Unfähigkeit nicht berufen, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit des Abschlusses handlungfähig gewesen wäre."

Vor dem Inkrafttreten des ZGB wurde in der Schweiz die Handlungsfähigkeit von Ausländern nach dem Heimatrecht beurteilt, auf Grund von Art. 10 Abs. 2 des Handlungsfähigkeitsgesetzes von 1881, dessen Geltung durch den Art. 34 des N. A. G. unbestritten war. Obwohl das Handlungsfähigkeitsgesetz in ZGB Schlußtitel 60 aufgehoben wurde, wird das Prinzip noch weiterhin anerkannt, da nach Art. 59 in bezug auf internationale Verhältnisse das N. A. G. weiter in Kraft bleibt[128]).

Beck[129]) schreibt zu diesem Artikel: „Wenn das Anwendungsrecht des Heimatstaates in bezug auf die Handlungsfähigkeit auf das schweizerische Recht zurückverweist, so gilt das letztere. Eine solche Rückverweisung ist anzunehmen in bezug auf diejenigen Staaten, welche für ihre Angehörigen im Auslande das Wohnsitzprinzip anerkennen. So z. B. Dänemark, Norwegen, U. S. A., England"[130]).

Arminjon[131]) spricht sich für die Annahme der Rückverweisung aus bei der Beurteilung von Rechtsverhältnissen von Ausländern, deren Heimatstaat mehrere nebeneinander geltende Zivilgesetze anerkennt, wie z. B. England und die U. S. A. Man würde bei der Beurteilung der Handlungsfähigkeit eines Engländers im englischen Gesetz ohne Erfolg nach positiven Regeln betreffend die Handlungsfähigkeit von Personen suchen. Es

---

[127]) Beck: Kommentar. S. 129 ff. Potu: S. 190 ff.
[128]) Vgl. BGE: 38, 2, 4.
[129]) Beck: Kommentar. S. 140.
[130]) Urteile der ausländischen Rechtssprechung, wo Rückverweisung angenommen wurde. Z. B. Clunet: 1933. S. 666. 1937. S. 542.

gibt ebensoviele positive Regeln über das zur Frage stehende Rechtsverhältnis, als es verschiedene nebeneinander geltende Gesetzgebungen gibt. Das englische Recht reduziert sich auf eine Anknüpfungsregel, welche das Recht des Wohnsitzes als zuständig erklärt, um die Handlungsfähigkeit seiner Staatsangehörigen zu beurteilen.

b) Die Gültigkeit der Eheschließung

Art. 7c

aa) Die Eheschließung in der Schweiz

Art. 7c Abs. 1 lautet:

„Die Gültigkeit einer Eheschließung wird, wenn der Bräutigam oder die Braut oder beide Ausländer sind, in bezug auf jedes von ihnen nach dem heimatlichen Recht beurteilt."

Um die Anerkennung der Rückverweisung handelt es sich hier nicht, sondern um eine ausdrückliche Verweisung auf das Heimatrecht der ausländischen Ehegatten, somit um eine Verweisung auf die Sachnorm des ausländischen Rechtes. In der Literatur wird die Meinung vertreten, daß dieser Artikel eine stillschweigende Anerkennung der Rückverweisung enthalte. So sagt z. B. Beck[132]): „Soweit das Anwendungsrecht des Heimatstaates auf das schweizerische Recht verweist oder dieses anwendbar sein läßt, genügt die Beachtung des schweizerischen Rechts. Denn Art. 7c. verweist auf das Anwendungsrecht der Heimat und verlangt nicht in zwingender Weise die Anwendung des materiellen Heimatrechtes. Hierfür besteht keine Veranlassung, da der Zweck der Anerkennung der Ehe durch den Heimatstaat auf diese Weise genügend gewährleistet ist. Wenn also der Heimatstaat die nach Wohnsitzrecht abgeschlossene Ehe anerkennt, so genügt es, wenn die Voraussetzungen dieser, also beim Wohnsitz in der Schweiz des schweizerischen Rechts, gegeben sind." Aehnlich ist auch die Meinung von Reichel[133]): „Sollte sich der Fall ereignen, daß das Recht des Heimatstaates eine Verweisung auf das Domizilrecht enthält, so muß die Ehe als

---

[131]) Arminjon: Précis de droit intern. privé. B. 1. S. 171 ff.

[132]) Beck: Kommentar. S. 163.

[133]) Reichel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum ZGB. S. 157.

gültig angesehen werden, wenn sie mit Bezug auf den in Frage kommenden Ausländer nach schweizerischem Recht als gültig abgeschlossen ist, denn das internationale Privatrecht hat ja nur den Zweck, Konflikte von Rechtsnormen verschiedener Staaten zu vermeiden. Wenn von vorneherein durch Anerkennung des Domizilrechtes ein Konflikt ausgeschlossen ist, so fehlt der Konfliktsregel selbst der Grund jeder Anerkennung." Beck[134]) anerkennt auch die Weiterverweisung.

Man könnte sagen, es sei für den Schweizer Richter gleichgültig, ob er das Heimatrecht eines Ausländers berücksichtige, oder auf dem Umwege der Rückverweisung das schweizerische Recht, sofern das ausländische Recht dieses gestattet. Die Anerkennung der Ehe durch den Heimatstaat wäre in beiden Fällen möglich. Dies führt zu der Anerkennung der Gesamtverweisung. Der Schweizer Richter muß wegen einer ausländischen Kollisionsnorm vom Prinzipe seines Gesetzgebers, d. h. vom Heimatrecht Abstand nehmen. Hengartner[135]) nimmt an, daß ein Ausländer in der Schweiz einer günstigeren Bestimmung unterstellt werden könnte, als es ihm in der Heimat möglich wäre. Beck[136]) bemerkt dazu: „Kann der Angehörige eines solchen Staates, der das schweizerische Recht gelten läßt, auch in der Schweiz nach seinem Heimatrecht heiraten? Entscheidend sind hierfür die Anwendungsnormen der Heimat. Wenn die Rückverweisung von diesen nicht zwingend gedacht ist, sondern nur bedeutet, daß die Beobachtung des Heimatrechtes ungenügend sei, so besteht keine Veranlassung, die Beobachtung des Heimatrechtes als ungenügend zu bezeichnen." In einem solchen Fall hätte also der Betreffende die Wahl der Anwendung oder Nichtanwendung der Rückverweisung (vgl. Art. 7f Abs. 2 und 7g).

bb) Die Trauung ausländischer Ehegatten in der Schweiz

Art. 7e Abs. 3 lautet:

„Die Trauung eines Ausländers, der in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, kann mit Bewilligung der Regierung des Kantons,

---

[134]) Beck: Kommentar. S. 164.

[135]) Hengartner: S. 88.

[136]) Beck: Kommentar. S. 164.

in dem sie erfolgen soll, vorgenommen werden, wenn durch Erklärung der Heimatbehörde oder auf andere Weise dargetan ist, daß die Ehe mit all ihren Folgen in der Heimat anerkannt werde."

Die Trauung eines nicht in der Schweiz wohnhaften Ausländers wird von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß das ausländische Recht die Schweizerbehörde zur Trauung seiner Staatsangehörigen als zuständig erachtet. Die Schweiz hat also vorerst nicht das materielle Recht des Heimatstaates zu beachten, sondern die Kollisionsnorm, die über die Zuständigkeit der schweizerischen Behörde zu entscheiden hat. Anerkennt das ausländische Recht die Zuständigkeit der schweizerischen Behörde, so ist das als stillschweigende Rückverweisung zu beachten. Die Rückverweisung wäre nur dann unbeachtlich, wenn die Trauung eines Ausländers, der in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, auf Grund des Heimatrechtes vorgenommen werden müßte, was aber Art. 7e nicht verlangt.

cc) Die Gültigkeit einer im Ausland geschlossenen Ehe

Der Art. 7f lautet:

„Eine Ehe, die im Ausland nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen ist, wird in der Schweiz als gültig betrachtet, wenn ihr Abschluß nicht in der offenbaren Absicht, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes zu umgehen, ins Ausland verlegt worden ist.

Eine im Ausland abgeschlossene Ehe, die nach der Gesetzgebung des Ortes der Eheschließung ungültig ist, kann in der Schweiz nur dann als ungültig erklärt werden, wenn sie auch nach schweizerischem Recht ungültig ist."

Der Art. 7f bestimmt aber nicht die Voraussetzungen, unter welchen Schweizer und Ausländer im Ausland zur Ehe zugelassen werden. Dies ist Sache des Eheschließungsstaates. 7f Abs. 1 bestimmt somit nur die Voraussetzungen für die Anerkennung einer im Ausland bereits geschlossenen Ehe, in 7f Abs. 2 werden die Bedingungen aufgestellt, unter denen eine im Ausland eingegangene Ehe ungültig erklärt werden kann. Schnitzer vertritt in seinem Handbuch die Meinung[137]), daß, wenn das in

[137]) Schnitzer: Handbuch des IPR. S. 118.

Frage stehende Recht seinerseits auf das Heimatrecht zurückverweist, der Art. 7f den Beteiligten nichts nützen könne. Es kommen vielmehr die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Schweizerrechtes zur Anwendung. Das Bundesgericht[138]) entschied bei der Frage, ob bei einer Nichtigkeitsklage englisches oder schweizerisches Recht anwendbar sei, daß das englische Recht seinerseits für den Fall, daß es sich um Ausländer handelt, die im Ausland wohnen, auf das Recht des Wohnsitzstaates verweise, und daß im betreffenden Falle das Schweizerrecht Geltung habe. Wenn ein Schweizer im Ausland eine Ehe eingegangen hat, so wird die Ehe in der Schweiz anerkannt, wenn sie nach dem Rechte des Abschlußortes gültig ist. Diese Regel bestimmt, welches Recht anwendbar und in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen und der Gültigkeitsform gefordert wird[139]).

Der Art. 7f enthält eine bedingte Anwendung des schweizerischen Rechts, die aber nicht mit einer Verweisung auf die Kollisionsnorm des ausländischen Rechtes identisch ist. Es wird das materielle Recht des ausländischen Staates bezeichnet. Eine Rückverweisung ist aber dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht vorgesehen. Potu[140]) bemerkt, daß diese Auffassung des Art. 7f den favor negotii enthält. Jedoch ist der favor negotii nicht mit dem Prinzip der Rückverweisung verbunden. Der Artikel bezweckt einfach die weitmöglichste Anerkennung der Eheschließung für Schweizer.

c) Die Ehescheidung und Ehetrennung

aa) Klage und Urteil auf Scheidung und Trennung (Art. 7i)

Art. 7i lautet:

„Klage und Urteil betreffend den Ausländer in der Schweiz oder den Schweizer im Ausland können auf Scheidung der Ehe oder Trennung der Ehegatten gehen, wie es das zur Anwendung kommende Recht gestattet."

---

[138]) BGE: 60. 2. 7.
[139]) Beck: Kommentar. S. 219.
[140]) Potu: S. 191 ff.

Eine Trennung wird gleich der Scheidung behandelt. Es wird also die über einen im Ausland wohnhaften Schweizer durch ein ausländisches Gericht ausgesprochenen Scheidung, oder eine der Trennung entsprechende Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in der Schweiz anerkannt, auch wenn nach schweizerischem Recht die Voraussetzungen nicht vorhanden gewesen wären. Andererseits wird der Schweizer Richter nach Schweizerrecht gegenüber ausländischen Ehegatten die Trennung aussprechen, wenn sie nachweisen, daß nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch der Heimat die geltend gemachten Tatsachen einen Grund zur Trennung oder zu einer ihr entsprechenden Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft darstellen und daß der schweizerische Gerichtsstand anerkannt sei. Nach Beck[141]) liegt der Fall am einfachsten, „wenn das Heimatrecht auf das schweizerische Recht und den schweizerischen Gerichtsstand verweist, d. h. die Scheidung oder Trennung seiner Angehörigen anerkennt, die durch ein Scheidungsgericht unter Anwendung des schweizerischen Rechts ausgesprochen wurde."

bb) Die Scheidung der Auslandschweizer (Art. 7g, Abs. 3)

Art. 7g, Abs. 3 lautet:

„Ist die Scheidung schweizerischer, im Ausland wohnender Ehegatten durch ein nach dortigem Recht zuständiges Gericht ausgesprochen worden, so wird sie in der Schweiz auch anerkannt, wenn die Scheidung nach schweizerischem Recht nicht begründet gewesen wäre"[142]).

In diesem Artikel wird die Rückverweisung deutlich anerkannt. Art. 7g Abs. 3 sagt nichts darüber, welches Recht im ausländischen Verfahren zur Anwendung kommen soll. Wenn der Wohnsitzstaat das Heimatrecht zur Anwendung bringt, so ist es das Schweizer Recht, das angewendet wird; wenn der Wohnsitzstaat dem Wohnsitzprinzip folgt, so ist es das Recht dieses Staates selbst. Die Rückverweisung des ausländichen Rechts auf das schweizerische Gesetz wird damit durch den Art. 7g Abs. 3 anerkannt. Bemerkenswert ist, daß das schweizerische

---

141) Beck: Kommentar. S. 472.
142) Vgl. Schnitzer: Handbuch des IPR. S. 171.

Recht die ausländische Ehescheidung stillschweigend anerkennt, sei sie mit oder ohne Rückverweisung entstanden.

Es ist nicht aus dem Gesetze ersichtlich, was dann zu tun ist, wenn das Anwendungsrecht des Wohnsitzstaates, weder das eigene Recht, noch das Recht des Heimatstaates, sondern dasjenige eines dritten Staates als zuständig betrachtet. Beck[143]) vertritt die Ansicht, daß hier eine Weiterverweisung nicht anzunehmen sei. „Obwohl der Zweck der Vermeidung der Kollision auch hier erreicht wäre, wird doch ein solches Urteil nicht anerkannt werden können. Die schweizerische Zuständigkeit wird als ausschließlich betrachtet werden müssen, wenn der ausländische Wohnsitzstaat die Zuständigkeit nicht für seine eigenen Gerichte in Anspruch nimmt." Eine ähnliche Auffassung vertreten Kaufmann[144]) und Reichel[145]). Ein Urteil eines ausländischen Staates, der nicht der Wohnsitzstaat des Schweizers wäre, würde also in der Schweiz nicht anerkannt werden.

cc) Die Scheidung der in der Schweiz wohnhaften Ausländer (Art. 7h, Abs. 1)

Art. 7h, Abs. 1 lautet:

„Ein ausländischer Ehegatte, der in der Schweiz wohnt, kann eine Scheidungsklage beim Richter seines Wohnsitzstaates anbringen, wenn er nachweist, daß nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist."

Dieser Artikel sagt aus, daß ein ausländischer Ehegatte mit Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich die Klage auf Scheidung beim Richter seines Wohnsitzes anbringen muß. Anerkennt aber das Gesetz oder der Gerichtsgebrauch der Heimat sowohl den geltend gemachten Scheidungsgrund als auch den Gerichtsstand der Schweiz, so ist der Schweizerrichter für die Scheidung zuständig. Hier ist deutlich die Rückverweisung gemeint, und zwar sowohl wenn im Gesetz auf das Schweizerrecht verwiesen wird, als auch wenn der Schweizer Gerichtsstand anerkannt

---

[143]) Beck: Kommentar. S. 368. Hengartner.

[144]) Kaufmann: Die Neuerungen im IPR der schweiz. Zeitschrift für internationales Recht. 1912. B. 22. S. 471.

[145]) Reichel: Schlußtitel. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum ZGB. S. 161.

wird. Beck[146]) sagt dazu: „Die Scheidung kann erfolgen, auch ohne daß ein Scheidungsgrund des Heimatrechtes gegeben ist, sofern der Heimatstaat ein solches Urteil anerkennt. Dies trifft zu bei der Rückverweisung. Da es dem Gesetzgeber genügt, wenn das schweizerische Urteil in der Heimat anerkannt wird, braucht ein Scheidungs- oder Trennungsgrund des Heimatrechtes nicht erfüllt zu sein, wenn der Heimatstaat das schweizerische Recht anwendbar sein läßt. In diesem Falle können sogar Angehörige eines Staates, der die Scheidung überhaupt nicht kennt, geschieden werden[147]). Nur muß in solchen Fällen geprüft werden, ob der Heimatstaat von der prinzipiellen Anerkennung nicht mit Rücksicht auf den ordre public oder aus andern Gründen eine Ausnahme macht. Das gleiche gilt auch für die Trennung. Die Anerkennung einer nach schweizerischem Recht ausgesprochenen Scheidung oder Trennung ist in der Regel gegeben bei Staaten, welche dem Domizilprinzip oder dem Territorialprinzip huldigen."

Vor dem Zürcher Bezirksgericht[148]) wurde im Jahre 1912 ein englisches Ehepaar geschieden auf Grund des Nachweises, daß die englische Rechtssprechung bezüglich der Scheidungsgründe auf die lex fori abstellt. Die Rückverweisung des englischen Rechtes auf das schweizerische Recht wurde angenommen. Die Begründung des Urteils lautete folgendermaßen: „Da England, der Heimatstaat der Parteien, der Haager Eheschließungskonvention von 1902 nicht beigetreten ist, so kommen die einschlägigen international-rechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Rechtes zur Anwendung, somit das Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Doch bestimmt der Art. 7h, Abs. 1, eine Ehe ausländischer Ehegatten am schweizerischen Wohnsitz könne dann geschieden werden, wenn der Nachweis erbracht werde, daß dies nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch der Heimat anerkannt ist. Dieser Nachweis ist für England erbracht. Es besteht ein Urteil des Court of appeal[149]), worin folgender Grundsatz aufgestellt

---

146) Beck: Kommentar. S. 411.

147) Anderer Ansicht: Reichel. B. 6. S. 162.

148) SJZ. B. 8. 373.

149) Law Reports. 1906. S. 209.

ist: Die Kompetenz zur Vornahme von Ehescheidungen steht dem Gerichte des Wohnsitzes der Ehegatten zur Zeit der Einleitung der Scheidung zu, und ein von ihm ausgesprochenes Scheidungsurteil wird vom englischen Richter auch dann anerkannt, wenn es sich auf einen Scheidungsgrund stützt, der in England nicht als solcher gelten würde.

Damit steht fest, daß der hiesige Gerichtsstand der Parteien von England anerkannt werde. Es folge daraus aber auch weiter, daß der von ihnen hier geltend gemachte Scheidungsgrund nach englischem Gerichtsgebrauch zuzulassen sei, da dieser eben auch das materielle Scheidungsrecht des Domizilstaates maßgebend sein lasse. Ob Schweizer Recht maßgebend ist oder nicht, hängt von der ausländischen Gesetzgebung ab"[150]).

Eine besondere Schwierigkeit trat bei der Frage der Trennung oder Scheidung von Franzosen mit Wohnsitz in der Schweiz auf[151]). Diese Frage war sehr umstritten, weil Frankreich aus der Ehescheidungskonvention von Haag ausgetreten war. Die Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes gab Anlaß zu Zweifeln[152]). Ein im Ausland wohnender Franzose kann gemäß Art. 15 des Cc in Frankreich klagen. Dieser Gerichtsstand ist jedoch nach französischer Rechtssprechung nicht zwingend. Die Parteien können sich bezüglich der Klage auf Ehetrennung und Scheidung einem anderen Gerichte unterwerfen, wenn der Ehemann nicht in Frankreich seinen Wohnsitz hat. Dies ist besonders von Bedeutung, weil die französische Ehefrau keinen anderen Wohnsitz als denjenigen ihres Ehegatten besitzen kann. Unter der Haagerkonvention konnten in der Schweiz Franzosen getrennt und geschieden werden, da Frankreich den Gerichtsstand der Heimat nicht als den ausschließlichen betrachtete. Nach dem Austritt Frankreichs aus der Konvention fuhren die schweizerischen Gerichte fort, Franzosen zu scheiden und zu trennen. Das Bundesgericht[153]) hob im Jahre 1917 ein kantonales Urteil auf, weil die Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes durch Frankreich nicht nachgewiesen sei. An die-

[150]) Vgl. Trennung ital. Ehegatten; BGE: 40. 2. 307; 44. 2. 1.; 58. 2. 191. Trennung deutscher Ehegatten. BGE: 57. 2. 453.
[151]) Vgl. Hengartner S. 98.
[152]) Beck: Kommentar, S. 435.
[153]) BGE: 43. 2. 282.

ser Auffassung wurde bis 1932 festgehalten[154]). Im erstgenannten Urteil begründete das Bundesgericht seine Unzuständigkeit mit dem Hinweis, daß die Trennung von Schweizern durch französische Gerichte nicht als genügender Beweis für die Anerkennung schweizerischer Trennungsurteile in Frankreich bewertet werden könne.

Trotz dieser Einstellung des Bundesgerichtes fuhren gewisse Kantone fort, Franzosen zu scheiden, wenn beide Parteien den Gerichtsstand anerkannten. Es konnte also vor einzelnen kantonalen Gerichten eine Scheidung erwirkt werden, und diese trat in Rechtskraft, wenn keine der Parteien an das Bundesgericht gelangte. Der Grund zu dieser Unsicherheit in Ehescheidungs- und Trennungsklagen von Franzosen in der Schweiz war die schwankende Interpretation des Gerichtsstandsvertrages von 1869[155]), sowie das Bedenken des Bundesgerichtes, daß eine ausgesprochene Ehetrennung oder Scheidung im Heimatstaate nicht anerkannt werde. In der Schweiz wie in Frankreich herrschte die Auffassung, daß Art. 11 des Gerichtsstandsvertrages ein Hindernis für die Anerkennung schweizerischer (respektive französischer) Urteile sei, indem die Scheidungsklage im Vertrage (Art. 1) nicht geregelt sei. Dieser Artikel verbietet nicht, daß eine Klage entgegengenommen werde, für die im Vertrag keine Zuständigkeitsbestimmung aufgestellt ist, sondern er will nur, daß die im Vertrage geregelten Fälle nur von dem nach Vertrag zuständigen Richter behandelt werde. Nach einem grundlegenden französischen Urteil, das die Zuständigkeit des französischen Gerichtes für die Ehescheidung von Schweizern anerkannte, war für das Bundesgericht der Beweis einer in diesem Sinne bestehenden französischen Rechtssprechung gegeben[156]). Der Fall Sauthier[157]) ist eine Entscheidung von grund-

---

[154]) Vgl. BGE: 47. 2. 11; 50. 1. 43; 58. 2. 183.

[155]) Beck: Kommentar. S. 436.
Sécrétan: Révue de droit int. privé. 1926. S. 218.

[156]) Clunet. 1927. S. 392. Journal des tribunaux 1928. S. 130.

[157]) In diesem Urteile hatte sich das BG zum erstenmal seit dem Austritt Frankreichs aus der Ehescheidungskonvention für zuständig erachtet, die Ehetrennung von Franzosen auszusprechen. Das BG begründet diese Aenderung seiner Auffassung mit dem Hinweis auf die veränderten Verhältnisse, da inzwischen Frankreich sich zur Anerkennung seiner diesbezüglichen Zuständigkeit bekenne, und dadurch auch die Kompetenz der

sätzlicher Bedeutung, durch welche die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes geändert wurde. Wenn sowohl nach französischem als auch nach schweizerischem Recht die Voraussetzung zu einer Ehescheidung oder Trennung vorhanden ist, obschon vielleicht aus verschiedenen Gründen, so sind die Schweizergerichte zuständig, die Klage auf Scheidung oder Trennung von Franzosen mit Wohnsitz in der Schweiz auszusprechen, wenigstens in solchen Fällen, wo beide Parteien diese Kompetenz anerkennen.

In der Schweiz werden die Ehescheidungen von Franzosen nach Beachtung der ausländischen Kollisionsnormen vorgenommen, somit die Rückverweisung auf das schweizerische Recht anerkannt.

4. Die Rückverweisung in den Art. 28 und 31 des N. A. G.[158])

Art. 28 lautet:

„Soweit nicht Staatsverträge besondere Bestimmungen enthalten, gelten für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben, folgende Regeln:

1. Sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen, so erstreckt sich die Anwendung des ausländischen Rechtes nicht auf ihre in der Schweiz gelegenen Liegenschaften, es gilt vielmehr in bezug auf solche Liegenschaften das Recht und der Gerichtsstand des Heimatkantons.
2. Sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons."

Bei Beurteilung der zivilrechtlichen Verhältnisse eines Schweizers mit Wohnsitz im Ausland, muß man sich gemäß dem Art. 28 vor allem darüber Gewißheit verschaffen, ob zwischen

---

schweizerischen Gerichte zur Trennung von Ehegatten franz. Ehegatten anerkenne. Vgl. BGE: 58. 2. S. 183. Clunet. 1935. S. 471.

[158]) BBl. 1891. B. 3. S. 569. BBl. 1891. B. 4. S. 208.
Vgl Potu: La question du renvoi S. 188.
Bader: Das Bundesgesetz NAG. S. 66.

dem Staat des Wohnsitzes und der Schweiz ein Staatsvertrag besteht, welcher für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer in dem betreffenden ausländischen Staat maßgebend ist. Den Bestimmungen des Gesetzes geht die auf dem Vertragswege erfolgte Regelung vor[159]). Wenn man sich nicht auf einen Staatsvertrag stützen kann, so ist die Stellungnahme des ausländischen Rechtes zu untersuchen. Erklärt sich das ausländische Recht für zuständig zur Beurteilung der zivilrechtlichen Verhältnisse von Schweizern im Auslande, so „sind diese Schweizer nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen". Wenn hingegen das ausländische Recht sich als nicht zuständig erklärt, so können diese Schweizer dem ausländischen Recht nicht unterworfen werden, und unterstehen dem Rechte des Heimatkantons.

Der Art. 28 sagt also aus, daß der Schweizerrichter die Kollisionsnorm der zuständigen ausländischen Gesetzgebung zu beachten hat, um die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes festzusetzen. Somit ist die Anwendbarkeit des schweizerischen Gesetzes vom Willen des ausländischen Gesetzgebers abhängig gemacht. Die ausländische Gesetzgebung entscheidet also, ob der dort wohnhafte Schweizer dem Rechte des Wohnsitzes zu unterstellen sei oder nicht. Bestimmt eine ausländische Kollisionsnorm, daß die im Gebiete des betreffenden Staates wohnenden Ausländer dem ausländischen Rechte unterworfen sind, so ist dieses Recht maßgebend. Wenn dagegen das internationale Privatrecht dieses Staates erklärt, daß das ausländische Recht auf die in seinem Gebiete wohnenden Ausländer nicht anwendbar sei, so gilt für die in seinem Gebiete wohnenden Schweizer das Recht ihrer Heimat.

Es ist im folgenden noch auf einen Irrtum des Gesetzgebers bei Art. 28, Abs. 2 hinzuweisen[160]). Die im Ausland wohnenden Schweizer, die nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht nicht unterworfen sind, werden nach dieser Bestimmung nicht nur dem Rechte, sondern auch dem

---

[159]) BGE: 43. 1. 96; 46. 2. 219.

[160]) Hengartner: S. 105 ff.

Gerichtsstand des Heimatkantons unterworfen. Wie Wolf[161]) sagt, ist diese Bestimmung nicht recht verständlich, denn die ausländische Gesetzgebung kann ganz gut bestimmen, daß nicht das ausländische Recht anzuwenden sei, ohne daß sie deswegen auf die Beurteilung des Rechtsverhältnisses verzichten und diese dem Gerichte desjenigen Staates, dessen Recht sie anwendbar erklärt, überlassen muß. Recht und Gerichtsstand sind ganz verschiedene Dinge. Wenn nach irgend einer Gesetzgebung eines ausländischen Staates schweizerisches Recht anzuwenden ist, so folgt daraus noch nicht, daß die Gerichte dieses ausländischen Staates zur Beurteilung der Verhältnisse nicht kompetent sind und demgemäß die schweizerischen Gerichte zu urteilen haben. Es ist sehr wohl möglich, daß ein Auslandstaat gewisse zivilrechtliche Verhältnisse wohl dem Heimatrecht vorbehalten wissen will, daß er aber dennoch seine eigenen Gerichte für zuständig erklärt. Es erscheint nun ohne weiteres klar, daß die Gerichtsstandsbestimungen des N. A. G. Art. 28 Abs. 2 sich dieser Verfügung unterzuordnen haben. Es ist kein innerer Grund dafür ersichtlich, daß ein ausländisches Gericht zivilrechtliche Verhältnisse von Auslandschweizern nicht ebensogut nach schweizerischem Recht zu beurteilen vermöchte als dies ein schweizerisches Gericht tun würde[162]). Wie Hengartner[163]) mit Recht sagt, liegt hier unzweifelhaft ein Irrtum des Gesetzgebers vor, da sich dieser Zusatz im Widerspruch zur vorgehenden Bestimmung befindet. Dieser Zusatz ist erst im letzten Moment zugefügt worden, wie die Entstehungsgeschichte des N. A. G. beweist. Der Gesetzgeber war wahrscheinlich der Auffassung, daß dieser Artikel den Fall vorsehe, daß die ausländische Gesetzgebung jegliche Zuständigkeit zur Beurteilung von personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnissen der Schweizer ablehne, und zwar sowohl diejenige der Gerichte als auch diejenige der Gesetzgebung. In Wirklichkeit sollte es sich auch hier nur um die Festlegung des für Auslandschweizer maßgebenden Rechtes handeln, um eine nützliche Angabe für die ausländische Gerichtsbarkeit[164]).

[161]) Wolf: Zeitschrift für schweizerisches Recht. NF. 13. S. 343.
[162]) Beckhard: Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz und der Schweizer im Ausland. S. 148.
[163]) Hengartner: S. 106.
[164]) Piller: La condition jurid. des Suisses à l'étranger. S. 39 ff.

Diese Bestimmungen bezwecken, wie es im Bericht des Bundesrates von 1891 heißt[165]), „den so begründeten Klagen unserer Landsleute im Auslande über den Mangel an jeder festen Norm für ihre der ausländischen Gesetzgebung nicht unterworfenen Rechtsverhältnisse im Gebiete des Familienrechtes, und vor allem des ehelichen Güterrechtes, abzuhelfen". Es stellt sich nun die Frage, ob der Art. 28 die Möglichkeit einer Rückverweisung in sich schließt. Es ist dies von verschiedenen Seiten verneint worden. Aus diesen Gründen sollen die einzelnen Auffassungen kurz gestreift werden. Die Frage, die sich stellt, ist folgende: Bedeutet der Art. 28

1. Staatsangehörigkeitsprinzip der Schweiz, jedoch nicht um den Preis einer Kollision mit dem Wohnsitzprinzip des betreffenden ausländischen Staates, oder
2. Wohnsitzprinzip der Schweiz, aber Rückverweisung, wenn der ausländische Wohnsitzstaat seinerseits das Staatsangehörigkeitsprinzip anwendet?

In der deutschen Literatur wird die Auffassung vertreten, daß der Art. 28 eine bedingte Festsetzung der Anwendung schweizerischen Rechtes enthält. Nach der deutschen Auffassung gilt grundsätzlich das Heimatprinzip, das Wohnsitzrecht wird nur beachtet, wenn sich positive Gesetzeskollisionen ergeben. Somit würde der Art. 28 keine Rückverweisungsklausel, sondern eine Kollisionsklausel enthalten. Raape[166]) schreibt dazu: „Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? Das Zugeständnis, welches Art. 28 dem ausländischen Wohnsitzstaat macht, macht er den Staaten des Domizilprinzipes, also England, Dänemark, U. S. A., aber nicht den Staaten des Staatsangehörigkeitsprinzipes, also Deutschland, Polen usw. Die Vorschrift des Art. 28 NAG ist keine Rückverweisungs-, sondern eine Konfliktsklausel." Es wird nach dieser Vorschrift das Staatsangehörigkeitsprinzip für die Schweizer im Ausland aufgestellt, jedoch unter gewissen Vorbehalten. Das Heimatrecht soll dann nicht Geltung haben, wenn die Schweizer nach Maßgabe des ausländischen Rechtes dem ausländischen Recht unter-

---

[165]) BBl. 1891. 3. S. 569.

[166]) Raape: Kommentar zum BGB von Staudinger. B. 6. 2. T. S. 750. 1931.

stellt sind. In bezug auf Deutschland bedeutet dies, daß der Schweizer Richter die Beerbung eines Schweizers mit letztem Wohnsitz in Deutschland nach Schweizer Recht beurteilt, weil nach dem Art. 25 des EG zum BGB Schweizer Recht für die Beerbung maßgebend ist. „Es folgt für den deutschen Richter daraus, daß eine Rückverweisung im Sinne des Art. 27 EG in dem Art. 28 NAG nicht ausgesprochen ist“[167]).

Melchior[168]) vertritt eine ähnliche Auffassung: „Das Schweizer Recht betrachtet für Fragen der Handlungsfähigkeit und der Beerbung von Schweizern mit ausländischem Wohnsitz das Wohnsitzrecht als maßgebend, wenn dieses die Anwendung verlangt, sonst aber das Personalstatut. Weil das Schweizer Recht die Anwendung des fremden Wohnsitzrechtes nicht vorschreibt, sondern nur duldet, so wird von den deutschen Gerichten angenommen, daß eine Rückverweisung des Schweizer Rechtes auf das deutsche Recht nicht vorliegt.“

Lewald[169]) ist der Ansicht, daß der Art. 28 die Anwendung von Schweizerrecht bedingt festsetzt, um positive Gesetzeskonflikte zu vermeiden. „Das schweizerische Recht spricht in Art. 28 des Gesetzes vom 25. 6. 1891 richtiger Ansicht nach, keine Rückverweisung aus.“

Die französische Literatur erblickt im allgemeinen im Art. 28 die Festlegung des Wohnsitzprinzipes mit Anerkennung der Rückverweisung auf das schweizerische Recht. In der Schweiz sind die Meinungen getrennt. Die Ansicht, daß der Art. 28 keine Rückverweisung enthalte vertritt Mölich[170]). „Das Grundprinzip des Art. 28 ist somit die Maßgeblichkeit der lex patriae. Die ausländische lex domicili wird nur insoweit anerkannt, als ihre Anwendung durch die ausländische Staatsgewalt erzwungen werden kann.“ Aehnlich auch Anliker[171]), der sich wie folgt äußert: „Das schweizerische Recht bestimmt somit nicht, daß für den Nachlaß eines im Ausland domizilierten Schweizers das

---

[167]) Raape: Staudinger Kommentar. B. 6. 2. T. S. 709.

[168]) Melchior: Festschrift des 24. deutschen Anwaltstag. S. 104 ff. 1829.

[169]) Lewald: Das deutsche IPR. S. 118. 1931.

[170]) Mölich: S. 41.

[171]) Anliker: Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz. S. 2 ff. 1933.

ausländische Recht maßgebend sei, sondern es anerkennt nur die Anwendbarkeit des ausländischen Erbrechtes auf den beweglichen Nachlaß, sowie auf die ausländischen Liegenschaften eines solchen Erblassers in dem Falle, wo das ausländische Recht die Anwendung des schweizerischen Rechts auf dieses Vermögen nicht zuläßt."

Die deutsche Rechtssprechung steht grundsätzlich auf diesem Standpunkt. Die meisten Entscheidungen, die sich darüber ausgesprochen haben, erblicken im Art. 28 Abs. 2 keine Rückverweisung auf das dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgende Wohnsitzland. Es wird also von der Geltung des schweizerischen Rechtes ausgegangen[172]).

a) Die Stellungnahme des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheide aus dem Jahre 1898[173]) dahin geäußert, daß der Art. 28 sich weder für das Wohnsitzrecht noch für das Heimatrecht ausspricht. „Selbstverständlich nun konnte der eidgenössische Gesetzgeber nur für solche Rechtsverhältnisse in zwingender Weise das Recht bestimmen, nach welchem sich dieselben beurteilen sollen, die den territorialen Beziehungen der betreffenden Person und Gegenstände nach seiner Gesetzgebungsgewalt unterstehen. So ist denn eine absolute Regel betreffend das anzuwendende Recht und den Gerichtsstand hinsichtlich personen-, familien- und erbrechtlichen Fragen nur aufgestellt für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse in der Schweiz gelegener Immobilien. Im übrigen wird eine bindende Norm für das anzuwendende Recht und den Gerichtsstand nur gesetzt für den Fall, daß nicht das ausländische Recht, d. h. das Recht des Domizils des auswärts wohnenden Schweizerbürgers, seinerseits das in Frage stehende Verhältnis beherrschen will. Für letzteren Fall überläßt der eidgenössische Gesetzgeber die Beurteilung des Verhältnisses dem ausländischen Recht und wohl auch dem ausländischen Richter. Dagegen stellt derselbe für den Fall, daß ein im Ausland domi-

---

[172]) Nußbaum: Deutsches IPR. S. 55. 1932.
Raape: Staudinger Kommentar. B. 6. 2. T. S. 709.
Vgl. Lewald: Recueil. S. 560.

[173]) BGE: 24. 1. 15.

zilierter Schweizer dem dortigen Recht nach dessen Inhalt nicht untersteht, die Regel auf, daß dann das fragliche Verhältnis nach dem Recht und durch den Richter des Heimatkantons zu beurteilen sei. Damit wird nun weder das Wohnsitzprinzip noch das Heimatprinzip in umfassender Weise anerkannt, und es kann nicht einmal gesagt werden, daß durch die bundesrechtlichen Bestimmungen eine Praesumption für die Geltung dieses oder jenes Prinzipes geschaffen werde. Mit Bezug auf die Frage, welches Recht anzuwenden sei, wird dem Domizilprinzip der Vorzug gegeben, indem diesbezüglich auf das Recht des Wohnsitzes der betreffenden Person abgestellt wird, während da, wo das Bundesgesetz selbst über das anzuwendende Recht, in zwingender oder bedingter Weise disponiert, dem Heimatprinzip gefolgt wird. Es ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob der fremde Wohnsitzstaat das fragliche Verhältnis nach seinem Rechte beurteilt wissen wolle oder nicht."

Es wird also die Meinung vertreten, daß es dem ausländischen Recht zusteht, zwischen den beiden Prinzipien zu wählen. Der Art. 28 würde dieser Auffassung gemäß überhaupt keinen selbständigen Standpunkt haben, sondern ausschließlich sich jenem Rechte anschließen, auf das verwiesen wird. Eine solche Auffassung ist aber nicht anzunehmen. Es geht nicht an, daß man, um Schwierigkeiten zu entgehen, sich einfach zurückzieht, um das umstrittene Problem durch eine Lücke zu ersetzen, dessen Ausfüllung man dem ausländischen Rechte überläßt.

Einige Entscheidungen des Bundesgerichtes vertreten die Auffassung, daß der Art. 28 grundsätzlich auf dem Prinzip des Heimatrechtes beruht, mit dem Vorbehalt zur Vermeidung positiver Gesetzeskonflikte. So wird in einem Urteile aus dem Jahre 1925[174]) ausgeführt: „Die Streitsache ist in ihrem ganzen Umfange nach schweizerischem Rechte zu entscheiden auch bezüglich der präjudiziellen erbrechtlichen Frage. Ist zwar davon auszugehen, daß der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz in Kanada hatte, so ist für die erbrechtlichen Folgen seines Todes doch das schweizerische Recht als maßgebend zu betrachten, nachdem keine Partei dargetan hat, daß hierfür das kanadische

[174]) BGE: 51. 2. 34.

Recht Geltung beansprucht, gegenteils beide Parteien sich auf das schweizerische Recht auch in diesem Punkte ausdrücklich berufen haben (Art. 28 Abs. 2 des N. A. G.)."

In einem Entscheide aus dem Jahre 1928[175]) wird über den Art. 28 N.A.G. folgendes gesagt: „Nach dem Art. 28 sind heimatliches Recht und Gerichtsstand nur ausgeschlossen, wenn die im Ausland wohnenden Schweizer nach Maßgabe der betreffenden ausländischen Gesetzgebung ausländischem Recht unterworfen sind. Nun hat der Beklagte in keiner Weise darzutun versucht, daß die in Neu-Südwales wohnenden Schweizer nach Maßgabe der dortigen Gesetzgebung dem dortigen Recht unterworfen seien, sondern es hat auch keinen Antrag auf Rückverweisung an die Vorinstanzen zu neuer Entscheidung dieser Frage gemäß dem Rechte von Neu-Südwales gestellt. Auf bloße Behauptungen über den Inhalt des ausländischen Rechtes, auch wenn sie nicht bestritten werden, kann indessen nicht ohne weiteres abgestellt werden, zumal in Zuständigkeitsfragen und Vormundschaftssachen, und zudem steht es dem Bundesgericht nicht zu, selbst Entscheidungen über solche Streitpunkte zu treffen, für welche ausschließlich ausländisches Recht zur Anwendung kommt, wie es der Fall ist bei der Frage, inwiefern die in Neu-Südwales wohnenden Schweizer nach Maßgabe der dortigen Gesetzgebung dem dortigen Recht unterworfen sind." Wenn der Richter keine Rücksicht auf das ausländische Recht zu nehmen hat, so bedeutet dies in der Tat nichts anderes, als daß er das Heimatrecht als grundsätzlich maßgebend betrachtet.

Eine ähnliche Auffassung vertrat der Bundesrat in einer Botschaft an die Bundesversammlung im Jahre 1887[176]), in der über den Art. 28 folgendes ausgeführt wird: „Wenn die ausländische Gesetzgebung die Anwendung des Heimatrechtes auf unsere Landsleute vorschreibt, oder gestattet, so kann für dieselben ... kein anderes Recht, als das ihres Heimatkantons maßgebend sein ... Art. 28 ist geschaffen, um positiv die Verhältnisse so zu regeln, daß soweit als nur immer möglich schwei-

[175]) BGE: 54. 2. 157 ff.
[176]) BBl.: 1887. 3. S. 113.

zerisches Recht zur Anwendung kommt, d. h. immer dann, wenn nicht zwingend die ausländischen Normen das Domizilrecht fordern."

b) Die Frage der Rückverweisung im Art. 28

Wie ausgeführt, wird von verschiedener Seite der Art. 28 als grundsätzlich auf dem Heimatprinzip basierend betrachtet, mit einer Bestimmung zur Vermeidung positiver Gesetzeskonflikte. Eine häufiger vertretene Auffassung betrachtet den Art. 28 vom Standpunkt des Wohnsitzprinzipes aus, wie dies aus der deutschen Literatur ersichtlich ist, obwohl in der deutschen Rechtssprechung der Standpunkt vertreten wird, daß die Schweizer im Auslande dem Heimatrecht unterworfen sind. Es gelte demnach grundsätzlich ausländisches Recht und nur dann das Heimatrecht, wenn das ausländische Gesetz das Rechtsverhältnis nicht seinem Recht unterwirft.

Niemeyer[177]) erblickt im Art. 28 eine Rückverweisung auf das deutsche Recht im Sinne des Art. 27 EG zum BGB. Er ist der Meinung, daß die Schweiz grundsätzlich das Wohnsitzprinzip befolge, wie dies aus Art. 22 N. A. G. hervorgehe. Der Art. 28 wolle hier nur eine Lücke ausfüllen. Da, wo das ausländische Recht seine Anwendung auf die in seinem Bereich wohnenden Schweizer ausschließe, wolle die Schweiz nicht in Kollision treten mit dem ausländischen Recht, und schreibe aus diesem Grund die Anwendung des Heimatrechtes vor. Es gelte grundsätzlich das Wohnsitzprinzip, doch lasse der Art. 28 zur Vermeidung von Kollisionen die Rückverweisung des ausländischen Rechtes auf das schweizerische Recht zu. Nach Walker[178]) ist es durchaus möglich, daß eine Rechtsordnung für die im Auslande wohnenden eigenen Staatsangehörigen den Grundsatz des Wohnsitzrechtes enthält, zugleich aber auf das Heimatrecht verweist, falls sie nach dem ausländischen Recht der ausländischen Gesetzgebung nicht unterworfen sind. „Art. 28 des schweizerischen Gesetzes trifft nur für den Fall eine Bestimmung, daß das

---

[177]) Niemeyer: Das IPR des BGB. S. 78 ff.
Habicht: IPR nach dem EG zum BGB. S. 210.

[178]) Walker: IPR. S. 263. 1934.

fremde, hier das deutsche Recht, die ihm vom schweizerischen Recht zugewiesene Geltung ablehnt."

In der Schweiz wird von den Autoren, die im Art. 28 die Festlegung des Wohnsitzprinzipes sehen, geltend gemacht, daß die Schweiz in Art. 28 Abs. 2 die Gesetzgebung des Auslandes respektiere, aber sie behalte bedingt die Anwendung des nationalen Rechtes vor. Dieses nationale Recht trete nur dann in Geltung, wenn ein negativer Gesetzeskonflikt entstehen würde. Es solle für den Fall Vorsorge getroffen werden, daß das Wohnsitzrecht versage und keine Normen enthalte. Tuor[179]) z. B. sagt: „Die Schweizer im Auslande unterstehen — abweichende internationale Verträge vorbehalten — prinzipiell der Gesetzgebung des Wohnsitzstaates. Diese kann sie allerdings auf ihr Heimatrecht verweisen. Dieser unterstehen in diesem Falle die in der Schweiz gelegenen Grundstücke."

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 28 ist nicht ersichtlich, ob im betreffenden Artikel grundsätzlich das Heimat- oder das Wohnsitzprinzip festgelegt ist. Es geht jedoch aus dem Art. 46, Abs. 1 der Bundesverfassung wie aus Art. 2, Abs. 1 des N. A. G. hervor, daß der Gesetzgeber grundsätzlich auf dem Boden des Wohnsitzrechtes gestanden ist[180]).

In der Mehrheit wird in der schweizerischen Literatur der Standpunkt vertreten, daß es sich hier um die Festlegung des Wohnsitzprinzipes handelt. Dieser allgemeinen Einstellung ist umsomehr Beachtung zu schenken, als die heutige Tendenz im internationalen Privatrecht zugunsten des Heimatrechtes geht, und immer mehr Staaten sich für dieses Prinzip ausgesprochen haben. Aus der Literatur der letzten Jahre ist aber nicht zu entnehmen, daß der Art. 28 in diesem Sinne ausgelegt werden soll[181]). Bei der Betrachtung des Art. 28, Abs. 1 und Abs. 2 ist Folgendes zu überlegen. Seinem Wortlaut nach bestimmt Art. 28, Abs. 1 nur, daß das ausländische Recht, dem die Schweizer im Ausland unterworfen sind, nicht für die in der Schweiz ge-

---

[179]) Tuor: Kommentar zum ZGB. B. III. S. 13.

[180]) Vgl. Fritzsche: Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 46. S. 251. Betreffend Heimat und Domizilprinzip: Verhandlungen des schweiz. Jur. Vereins. Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 3. S. 687.

[181]) Schnitzer: Handbuch des IPR. 1937.

legenen Liegenschaften gilt, es wird aber nicht damit das ausländische Recht als solches anerkannt. Vergleicht man Absatz 1 mit Absatz 2, so muß die im ersten Absatz aufgestellte Bestimmung anders verstanden werden[182]). Im Absatz 2 wird nämlich für die Anwendung des Heimatrechts vorausgesetzt, daß das ausländische Recht die betreffenden Verhältnisse nicht regeln wolle. Da im zweiten Teil des N.A.G., abgesehen von der in Art. 28 Abs. 2 angeführten Bestimmungen über die in der Schweiz liegenden Grundstücke, keine Vorschriften enthalten sind, die die Anwendung des Heimatrechtes zwingend vorschreiben, so ergibt die Auslegung des Art. 28, Abs. 2, daß er eine Anerkennung der Bestimmungen des ausländischen internationalen Privatrechts enthält, somit eine grundsätzliche Zuständigkeitserklärung des Wohnsitzrechtes annimmt. Aus dem zwischen Art. 28, Abs. 1 und Abs. 2 bestehenden Parallelismus ergibt sich die Anerkennung der ausländischen international-privatrechtlichen Normen in Absatz 1. Es hat somit den Anschein, daß auch nach dem Wortlaut des Art. 28 das Heimatrecht als Ausnahme, als subsidiär geltend aufzufassen sei. Wie Hengartner[183]) richtig ausführt, kann in Art. 28 nur dann eine Rückverweisung erblickt werden, wenn das schweizerische Recht auf das Wohnsitzrecht verweist, und dieses seinerseits das Schweizerrecht gelten läßt. Um im Art. 28 eine Rückverweisung zu erblicken, muß grundsätzlich das Wohnsitzrecht vorausgesetzt sein. Meili[184]) vertritt die Meinung, daß der Art. 28 das Wohnsitzprinzip anerkennt, daß aber das in der Schweiz geltende internationale Privatrecht eine Verweisung oder Rückverweisung gar nicht kenne. Nach ihm geht die Verweisung des Art. 28 „nur auf die materiellen Normen des Auslandsrechtes, nicht aber auf die internationalen Bestimmungen“[185]). Diese Auffassung kann aber nicht geteilt werden. In Art. 28 ist vom Gesetzgeber eindeutig die Gesamtverweisung festgelegt worden. Man kann hier nicht eine Sachnormverweisung annehmen, weil sonst die Fassung des Art. 28, Abs. 2, die deutlich auf das Heimatrecht zurückverweist, nicht verständlich wäre. Durch den Art. 28 wird vom schweizerischen

---

[182]) Hengartner: S. 119.

[183]) Meili: Das internationale Zivil- und Handelsrecht. S. 170.

[185]) Meili: S. 40.

Recht auf das ausländische Recht als ganzes verwiesen, und vor allem auf das internationale Privatrecht des ausländischen Staates[186]).

Es haben nach Art. 28 die internationalen Normen des Auslandrechtes zu entscheiden, ob das Wohnsitz- oder Heimatrecht maßgebend sei. Dies will aber nicht sagen, daß mit dem Hinweis des Art. 28 weder Wohnsitz- noch Heimatrecht festgelegt wird, somit nur auf die Kollisionsnorm verwiesen wird. Der Gesetzgeber war der Auffassung, Kollisionen mit ausländischen Gesetzgebungen ausweichen zu müssen, indem er abwartet, ob die ausländische Gesetzgebung nach Maßgabe des Art. 28 die Schweizer ihrem Recht unterstellen will und nur für den Fall, daß er dies nicht tut, soll das Heimatrecht in Geltung treten. Unterstellt der Gesetzgeber ein gegebenes Rechtsverhältnis dem ausländischen Rechte, so ist damit das ausländische Recht in seiner Gesamtheit zu verstehen, einschließlich seiner international-privatrechtlichen Normen. Die Gesamtverweisung ist in dem Sinne zu verstehen, daß die Gerichte so zu entscheiden haben, wie ein Gericht desjenigen Staates, dessen Gesamtrecht unsere Kollisionsnormen für zuständig erklären[187]).

Aus dem Art. 28 geht hervor, daß tatsächlich eine Gesamtverweisung festgelegt ist, eine Lösung, die von den meisten kontinentalen Autoren beanstandet wurde. Es ergibt sich aus diesem Artikel, daß der sonst bei einer Gesamtverweisung entstehende „circulus vitiosus" vermieden wird, da im Gesetze selbst die Rückverweisung auf das eigene materielle Recht anerkannt und angenommen wird, und das Hin- und Herweisen damit beendet wird. Ein solcher circulus kann nur eintreten, wenn beide in Frage kommenden Staaten gleichmäßig die Rückverweisung mit der äußersten Folgerichtigkeit durchführen. Diese Voraussetzung trifft nur selten zu, und ist in Art. 28 nicht gegeben. Die Gesamtverweisung, wie sie im Art. 28 ausgedrückt wird, ist nicht zweckmäßig. Es ist die Aufgabe des internationalen Privatrechts, die inländischen Sachnormen gegenüber den ausländischen Sachnormen abzugrenzen, wofür der ausländische

[186]) Piller: La condition jurid. des Suisses à l'étranger d'après le droit suisse. Thèse Frybourg. 1918. S. 36.

[187]) Hengartner: S. 124.

Gesetzgeber die Kollisionsregeln aufgestellt hat. Erklärt somit eine schweizerische Kollisionsregel ein ausländisches Recht für anwendbar, so sollte das heißen, die ausländische Rechtsordnung habe für den in Frage stehenden Rechtsfall unmittelbar zu entscheiden. Art. 28 kann auf das Wohnsitzrecht verweisen, doch sollte dies eine Verweisung auf die Sachnorm des ausländischen Wohnsitzstaates bedeuten, ohne Berücksichtigung der ausländischen international-privatrechtlichen Anwendungsregeln. Seit dem Erlaß des NAG haben sich eine Reihe von Staaten für das Heimatprinzip ausgesprochen. Durch die Festsetzung der Gesamtverweisung in Art. 28 werden daher die Fragen des internationalen Privatrechtes in der Schweiz immer mehr von ausländischen Kollisionsregeln abhängig gemacht, die auf die Heimat zurückverweisen.

Es ist schon die Auffassung vertreten worden, daß der Art. 28 ein bloßes Entgegenkommen gegenüber der ausländischen Gesetzgebung bedeute. Es würde sich das gleiche Ergebnis wie bei einer Gesamtverweisung zeigen, doch würde nach dieser Auffassung die Rückverweisung nicht direkt festgelegt werden, sondern sich bloß als Folge dieser Ueberlegung ergeben[188]).

Die Lehre der „courtoisie internationale" hat bei der Redaktion des Art. 28 einen gewissen Einfluß ausgeübt. Der Artikel berücksichtigt die Kollisionsnormen des ausländischen Staates. Das schweizerische Recht will in Uebereinstimmung mit den Kollisionsnormen des ausländischen Staates bleiben, diese können auch in Uebereinstimmung mit den unsrigen bleiben wollen. Wie soll aber das Resultat sein, wenn jedes Recht dem andern den Vortritt lassen will? Die ausländische Gesetzgebung kann allzuweit berücksichtigt werden. Durch dieses Entgegenkommen können Schwierigkeiten entstehen, weil dadurch eine unklare Rechtslage geschaffen wird[189]). Die Rückverweisung kann in der Form der Gesamtverweisung nur dann folgerichtig durchgeführt werden, wenn auch die Weiterverweisung anerkannt wird. Es erhebt sich die Frage, ob der Art. 28 den Fall aner-

[188]) Schnitzer: Handbuch des IPR. S. 99.

[189]) Giesker-Zeller: Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 41. S. 197.

kennt, daß die Rechtsordnung an die verwiesen wird, ihrerseits nach ihrer international-privatrechtlichen Norm an eine dritte Norm verweist[190]). Aus Art. 28, Abs. 2 kann nicht geschlossen werden, daß unter ausländischem Recht nur das Recht des Wohnsitzes verstanden wird. Der Zweck geht dahin, der ausländischen Gesetzgebung und dem ausländischen Richter einen Hinweis zu geben, nicht aber die Anwendung des ausländischen Rechtes zu beschränken. Wenn aber der Gesetzgeber, mit Ausnahme der in der Schweiz liegenden Grundstücke, dem ausländischen Rechte die Möglichkeit überläßt, über die rechtlichen Verhältnisse der Schweizer zu bestimmen, so wäre es nicht verständlich, wenn dieses Rechtsverhältnis nicht auch einem anderen ausländischen Recht unterworfen werden könnte, wenn dieses nach Maßgabe der Anwendungsnormen des Wohnsitzstaates zuständig ist. Die Rückverweisung ist in Art. 28 nicht festgelegt, aber auch nicht ausgeschlossen[191]). Es stellt sich die Frage, was getan werden müsse, wenn die Reihe der Verweisungen auf das schweizerische Recht zurückführt. Beck[192]) bemerkt mit Recht dazu, daß hier die Kette abbreche, eine willkürliche Unterbrechung, die theoretisch nicht gerechtfertigt ist, praktisch aber zweckmäßig erscheint.

c) Der Art. 31 Abs. 1 des N. A. G.[193])

Art. 31 Abs. 1 lautet:

„Haben schweizerische Ehegatten ihren ersten ehelichen Wohnsitz im Ausland, so bestimmen sich ihre güterrechtlichen Verhältnisse nach dem Rechte des Heimatkantons, soweit für dieselben nicht das ausländische Recht maßgebend ist."

Dieser Artikel enthält die Möglichkeit einer Rückverweisung. Das ausländische Recht kommt auch hier zur Anwendung, wenn die ausländische Gesetzgebung die Regelung in Anspruch nimmt. Ist dies nicht der Fall, so kommt das Heimatrecht zur Anwendung. Gemäß Art. 31 Abs. 1 hat hier grundsätzlich das

---

190) Des Gouttes: Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 16. 326; vertritt eine zuweitgehende Auffassung.

191) Hengartner: S. 133. Piller: S. 38. Potu: S. 188. Andere Auffassung.

192) Beck: Kommentar. S. 87.

193) Schnitzer: Handbuch des IPR. S. 196 ff. Hengartner: opus cit. S. 134.

Heimatrecht Geltung, und nur im Nebensatz ist gesagt, wann das ausländische Recht anwendbar sei. Das schweizerische Recht ist nur dann maßgebend, wenn das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes im Ausland auf das schweizerische Recht (z. B. als lex patriae oder als das Recht des Eheabschlußortes) verweist.

Stauffer[194]) erblickt in dieser Bestimmung nicht nur die Anerkennung der Rückverweisung, sondern auch die Möglichkeit einer Weiterverweisung. Kehren schweizerische Ehegatten aus dem Auslande in die Schweiz zurück, so setzen sie unter sich das Rechtsverhältnis fort, das im Ausland für sie maßgebend war. Auch hier wird nicht unbedingt auf das materielle Recht dieses letzten ausländischen Wohnsitzes abgestellt, sondern auf das Recht, das nach dessen letzten Kollisionsregel daselbst Geltung hat. Dieses Recht kann auch schweizerisches, oder dasjenige eines früheren ausländischen Wohnsitzstaates sein. Es gelten auch hier die gleichen Grundsätze wie für Art. 28. Das ausländische Recht soll zum Ausdruck bringen, ob das schweizerische Recht in Anwendung zu kommen hat oder nicht. Praktisch wird es so sein, daß die Staaten mit Wohnsitzprinzip für das eheliche Güterrecht diese Verweisung auf ihr Recht annehmen, während die Staaten mit Heimatprinzip auf die Heimat die Ehegatten verweisen. Darin liegt für den Schweizer Richter eine Rückverweisung, die er anzunehmen hat. In einem Entscheide aus dem Jahre 1926[195]) hat das Bundesgericht auf Schweizer im Ausland schweizerisches Ehegüterrecht angewendet, „da die Maßgeblichkeit ausländischen Rechtes weder sich aus einem Staatsvertrag ergibt noch eine rechtsgeschäftliche Unterstellung der Ehegatten unter ausländisches Ehegüterrecht noch des letzten Geltung kraft Territorialprinzips noch Konsulargerichtsbarkeit nachgewiesen ist."

Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, daß die Anwendbarkeit des ausländischen Rechtes nachgewiesen werden müsse[196]). Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen, da nach

---

[194]) Stauffer: Das IPR der Schweiz. S. 127 ff.

[195]) BGE: 52. 2. 6.

[196]) Art. 3 des Bundesgesetzes über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Nov. 1850: „Das Bundesrecht ist durch das Gericht von Amtes wegen anzuwenden. Hingegen

NAG Art. 2, Abs. 2 der Richter verpflichtet ist, das ausländische Recht zu berücksichtigen. „Der Richter hat das Zivilrecht eines anderen Kantons von Amtes wegen zu berücksichtigen." Eine analoge Anwendung ergibt sich durch die Bestimmung des Art. 32 in bezug auf die Ausländer, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben[197]). In einem anderen Urteil des Bundesgerichtes[198]) wurde betreffend Art. 31 bei der Frage, ob Ehegatten dem Güterstande der Gütereinheit des Heimatrechtes oder einem gesetzlichen oder vertraglichen Güterstand des ersten ehelichen Wohnortes unterstellt seien, gesagt, daß dies „nach der örtlichen Kollisionsnorm des Art. 31 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter in Anwendung des italienischen Rechts (erster ehelicher Wohnsitz) zu entscheiden sei.

d) Grundsätzliches zur Frage der Rückverweisung in der Schweiz

Aus dem bisherigen sind die Unzulänglichkeiten des gegenwärtigen Rechtszustandes ersichtlich. Vom Bundesrate[199]) wurde im Jahre 1907, als beschlossen wurde, das NAG unverändert bestehen zu lassen, erklärt: „Der Bundesrat wird die Sache nicht aus den Augen lassen, und ist der Ansicht, daß man sobald als möglich aus dem unbefriedigenden Provisorium, das wir mit der Beibehaltung des Gesetzes von 1891 geschaffen haben, herauskommen muß."

Wie Fritzsche[200]) mit Recht ausführt, wäre nicht nur für den Art. 28 eine Revision nötig, sondern die gesetzliche Neuordnung des internationalen Privatrechtes der Schweiz entspricht einem dringenden Bedürfnis. Die Neuregelung sollte von einem einheitlichen Gedanken und von einem Grundprinzip aus erfol-

---

sollen ausländische, kantonale oder örtliche Rechtsgrundsätze von der Partei, welche sich auf dieselben stützen will, angeführt und im Falle des Widerspruches nachgewiesen werden."

Von dieser Regel ist die Praxis abgegangen, so daß der Richter von sich aus das fremde Recht zu berücksichtigen hat.

[197]) Vgl. Beck: Kommentar, S. 99 ff.

[198]) BGE: 50. 2. 322.

[199]) Stenographisches Bulletin. Ständerat. 1907. S. 319.

[200]) Fritzsche: Das Problem der Gesetzgebung über das IPR der Schweiz. Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 46. S. 257.

gen. Es sollte bei so umstrittenen Bestimmungen wie bei Art. 28 auf Klarheit und Verständlichkeit geachtet werden, „und daß nicht nur der ausländische Richter, sondern auch der Schweizer Richter und die rechtsuchende Bevölkerung grundsätzliche Regeln über die Behandlung der Schweizer im Ausland notwendig haben könnte, ist kaum ins Auge gefaßt worden".

Wie wir sahen, ist im NAG der Gedanke der Rückverweisung niedergelegt worden und kann, solange keine Neuerung stattgefunden hat, nicht weggedacht werden. Grundsätzlich hat sich der Richter nur an die Anwendungsnormen seines eigenen Gesetzgebers zu halten. Ob der gleiche Fall von einem ausländischen Staate, der an dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis interessiert ist, ebenfalls dem gleichen Rechte unterstellt wird oder nicht, darf vom Schweizer Richter nur insoweit berücksichtigt werden, als ihre Anwendungsnormen dies nach ihrem Wortlaut oder nach ihrem Sinne erlauben. Das schweizerische Recht nimmt in verschiedenen Bestimmungen auf das ausländische Recht Bezug, teils zur Vermeidung von Kollisionen, teils um andere Staaten durch Gewährung des Gegenrechtes zu einer entsprechenden Behandlung der Auslandschweizer zu veranlassen. Die Anwendung ausländischen Rechtes wird nicht vom Gesetzgeber vorgeschrieben, weil er dies für angemessen hält[201]), sondern zur Vermeidung von Kollisionen (z. B. Art. 28) oder zwecks Anerkennung des Rechtsgeschäftes durch den andern Staat (z. B. Art. 7h). Dies ist eine rein praktische Ueberlegung des Gesetzgebers. Daraus ergibt sich, daß die Rückverweisung der ausländischen Gesetzgebung auf das schweizerische Recht in all den Fällen anzunehmen ist, wo es sich um Rechtsverhältnisse von Schweizern handelt. Will die ausländische Gesetzgebung nicht zuständig sein, so ist der schweizerische Gesetzgeber von der Verpflichtung zur Anwendung des ausländischen Rechtes entbunden.

Wie die Rückverweisung von der Verschiedenheit von Heimat- und Wohnsitzprinzip abhängig ist, ergibt sich aus folgendem Beispiel. Wenn ein in Frankreich wohnender Schweizer ein Testament hinterläßt, so untersteht er dafür dem französi-

[201]) Beck: Kommentar. S. 87.

schen Rechte, während das französische Gesetz ihn dem Heimatrecht unterstellt. Es wäre unrichtig, wenn nicht zugunsten dieses Schweizers die Rückverweisung angenommen werden könnte. Man müßte es als eine Unbilligkeit bezeichnen, wenn die Auslandschweizer infolge eines Festhaltens unseres Gesetzes am Wohnsitzprinzip, nicht den Vorzug der Unterstellung unter das Schweizer Recht genießen dürfen. Nußbaum[202]) weist mit Recht darauf hin, daß „besondere Gründe für die Zulassung der Rückverweisung auf dem Gebiete des Personalstatutes sprechen, insofern die Kollisionsnorm das Recht der Staatsangehörigkeit entscheiden läßt. Denn hier wird die Rückverweisung noch durch die Erwägung gerechtfertigt, daß dem Heimatstaat die Ordnung der persönlichen Verhältnisse seiner Bürger tunlichst vorbehalten bleiben müsse."

Diese Annahme kann eine ungleiche Behandlung der Auslandschweizer nach sich ziehen, indem die Schweizer, die in einem Staate mit Wohnsitzprinzip wohnen, dem ausländischen Rechte unterworfen würden, während diejenigen Schweizer, die in einem Staate Wohnsitz haben, der dem Heimatprinzip folgt, dem Heimatrecht unterstellt wären. Es erfolgt in der Tat eine ungleiche Behandlung, die aber durch das NAG nicht ausgeschaltet werden kann, da beim Wohnsitzprinzip, das sich auch hier nachteilig auswirkt, die Schweizer im Ausland, je nach dem Aufenthaltsort, einem anderen Rechte unterworfen sind.

Wenn auch vom Standpunkt der Doktrin aus die Rückverweisung nicht anerkannt werden kann, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Rückverweisung, solange im internationalen Privatrecht nicht über fundamentale Grundsätze Einigkeit herrscht, in gewissen Fällen die einzige Möglichkeit bietet, um Kollisionen zu vermeiden und um zu annehmbaren Lösungen zu gelangen.

Wie Habicht[203]) sagt, ist „die Rückverweisung ein leidiges Gebot der Notwendigkeit", oft aber der einzige Weg um in der Praxis eine Vereinfachung und Erleichterung in der Behandlung von Kollisionsfragen zu erlangen, weil es dadurch am ehe-

---

[202]) Nußbaum: Deutsches IPR. S. 55.

[203]) Habicht: IPR. S. 25.

sten möglich wird, den schroffen Gegensatz verschiedener international-privatrechtlicher Systeme auszugleichen, obwohl die Kollisionsfälle selbst dadurch nicht eingeschränkt werden. Mittels der Rückverweisung kann vielfach die Rechtslage des konkreten Falles „in Uebereinstimmung mit abweichenden international-privatrechtlichen Grundsätzen der in Frage kommenden Staaten und unter Vermeidung einer Kollision der Kollisionssätze“[204]) geregelt werden. Auch Gegner der Rückverweisungslehre anerkennen, eine in ihrer Anwendung eingeschränkte Rückverweisung[205]).

Eine Einschränkung der Rückverweisung könnte dadurch erreicht werden, wenn der schweizerische Gesetzgeber vom Heimatprinzip ausgehen würde, wie dies in unseren Nachbarstaaten der Fall ist. Dann würde unter Verweisung nur eine solche auf das materielle Recht der Heimat zu verstehen sein. Die Frage der Gesamtverweisung, die zur Rückverweisung führt, wäre damit gegenüber allen Staaten mit Heimatprinzip beseitigt. Wie Piller[206]) sagt, erscheint die Rückverweisung als Vermittler der prinzipiellen Gegensätze zwischen den verschiedenen Kollisionssystemen. Für die Frage der Rückverweisung ist gerade der Gegensatz von Wohnsitz- und Heimatprinzip, vor allem für die für international-privatrechtliche Fragen in Betracht kommenden Staaten und der Schweiz von Bedeutung geworden. Einem idealen internationalen Privatrechtssystem würde man näher kommen, wenn durch die Anerkennung des Heimatprinzipes die Rücksichtnahme einzelstaatlicher Kollisionsnormen wegfallen würde, und die Sachnormen ausschließlich als maßgebend bezeichnet würden.

Daß der schweizerische Gesetzgeber 1891 dem Wohnsitzprinzip folgte, ist verständlich. Zur Bestimmung des Personalstatutes einer Person ist bis in die neueste Zeit der Wohnsitz maßgebend gewesen. Das Prinzip der Staatsangehörigkeit be-

---

[204]) Schneider: Die Geschichte und die prinzipiellen Ausgangspunkte des modernen internationalen Eheschließungsrechtes. S. 95.

[205]) Vgl. Meili: Die Hauptfragen des IPR.
Zeitschrift für Völkerrecht. B. 4. 1910. S. 182.

[206]) Piller: S. 33.

gann erst mit dem 19. Jahrhundert in den Vordergrund zu treten[207]).

Wohnsitz- wie Heimatprinzip verfolgen bestimmte Zwecke, die sich nicht vereinigen lassen. Vom Gedanken des Heimat- oder Wohnsitzprinzipes ausgehend, entspricht man einem Teilinteresse, es wendet sich die Rechtsordnung mehr dem Interesse des Rechtssubjektes oder dem Verkehrsinteresse zu. Der schweizerische Gesetzgeber sprach sich zugunsten der Verkehrssicherheit aus.

Von den Anhängern des Wohnsitzprinzipes wird hervorgehoben, daß die wirtschaftliche Tätigkeit der Person sich am Wohnsitze abspiele, und dieser wirtschaftliche Mittelpunkt damit den Grund für die Bestimmung der persönlichen Rechtsstellung bildet. Mit Recht läßt sich bezweifeln, ob das wirtschaftliche Moment dabei maßgebend sein dürfe. Das Heimatrecht ist sicher am besten in der Lage, für die eigenen Staatsangehörigen zur Bestimmung der persönlichen Verhältnisse die zweckmäßigsten Bestimmungen zu geben[208]). Die persönlichen Rechtsverhältnisse bedürfen ihrer Natur nach einer Regelung, die nicht einfach durch Wohnsitzwechsel geändert werden kann. Das geeignetste Mittel ist die Staatsangehörigkeit und ein mit der Heimat gemeinsames Recht, um die im Ausland wohnenden Staatsangehörigen mit der Heimat zu verbinden. Die Anwendung der Grundsätze der Staatsangehörigkeit wird in solchen Staaten schwierig sein, in deren Gebiet viele Ausländer leben, sodaß der Richter verpflichtet wäre, weitgehend ausländisches Recht zu erforschen und zu berücksichtigen.

Im OR, im ehelichen Güterrecht und auch im Erbrecht ist das Heimatprinzip oft durchbrochen worden. Auch mit der Heimat als Anknüpfungsmoment, wäre es nicht möglich, die zivilrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland in einer ab-

---

[207]) Vgl. Beck: Heimat und Wohnsitz im IPR. Zeitschrift des bern. Jur. Vereines. B. 59. 1923. S. 153 ff. S. 217 ff.
Nußbaum: Deutsches IPR. S. 104 ff.
Zu beachten, die durch die starke Immigration in Frankreich bedingte Entwicklung zugunsten des Wohnsitzprinzipes.
Vgl. Niboyet: Manuel du droit int. privé. S. 702.

[208]) Laurent: Le droit civil int. B. 1. S. 79.

solut wirksamen Weise festzulegen, sondern wie Bader[209]) sagt, „nur insoweit, als der ausländische Staat damit einverstanden ist oder direkt auf die schweizerische Gesetzgebung verweist, und insoweit, als die schweizerische Souveränität reicht".

Die Rückverweisung könnte eingeschränkt werden, wenn die Schweiz die Heimat als Anknüpfungspunkt anerkennen würde, weil dadurch unsere Gesetzgebung sich den Kollisionsnormen unserer Nachbarstaaten angenähert hätte und dadurch Gesetzeskollisionen weitgehend vermieden werden könnten. Gegenüber Staaten, die das Wohnsitzprinzip anerkennen, würden weiterhin positive und negative Gesetzeskonflikte bestehen.

Bei der Annahme, daß die Schweiz dem Heimatprinzip huldigen würde, wären Rück- und Weiterverweisung auch dann möglich, wenn der ausländische Staat, wie die Schweiz, das Prinzip der Rückverweisung befolgen würde. Dies trifft zu für die Fälle eines Staats- und somit eines Statutenwechsels der beteiligten Personen. So ist es möglich, daß eine ausländische Gesetzgebung im Gegensatz zur schweizerischen nicht an das jetzige Heimatrecht einer Person, also an sein eigenes Recht, sondern an das frühere anknüpft. So verhält es sich bei einem Schweizer Erblasser, der sein Testament in der Schweiz, wo er noch Deutscher oder Franzose war, in deutscher oder französischer Form errichtet hat. Dem Art. 24 des NAG entsprechend, berücksichtigt hier der Schweizer Richter die Formvorschrift des früheren Heimatrechtes[210]).

---

[209]) Bader: Das NAG. S. 66.
Wolff: Zeitschrift für schweiz. Recht. NF. 13. S. 350.

[210]) Vgl. Beispiel bei Raape: Staudinger. B. 6. 2. T. S. 748.

Kapitel 3

Die Frage der Rückverweisung in der Doktrin

Einleitung

Wie bereits festgestellt, ist die Rückverweisung zuerst in der Rechtssprechung aufgetreten und erkannt worden. Bald stieß dieser neue Begriff des internationalen Privatrechtes in der Doktrin auf den schärfsten Widerstand. In der Mehrheit lehnten die Autoren auf dem Gebiete des internationalen Privatrechtes die Annahme der Rückverweisung ab. Die Frage der Rückverweisung stand schon verschiedene Male vor dem Institut de droit international zur Diskussion. In der Sitzung von Cambridge 1895, in Haag 1898, wie auch in Neuchâtel im Jahre 1900 wurde die Rückverweisung mit großer Mehrheit abgelehnt. In der Tagung von Neuchâtel wurde folgende Resolution angenommen[1]):

„Quand la loi d'un Etat règle un conflit de loi en matière de droit privé, il est désirable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit."

Das Institut hat in seiner Sitzung vom Jahre 1932 in Oslo ausdrücklich die Entwicklung zugunsten der Rückverweisung anerkannt.

Es soll auf die wichtigsten Argumente eingegangen werden, wie sie von den Anhängern der Rückverweisung zur Stützung dieses Begriffes angewendet wurden. Zuerst soll die Lehre der sogenannten Gesamtverweisung untersucht werden, welche die Berechtigung der Rückverweisung mittels des Inhaltes der Kollisionsnorm begründen will.

---

[1]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 251, 563.

Vgl. Buzatti in Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. B. 11. Heft 1. S. 3 ff.

2. Die Lehre von der Gesamtverweisung

Das Grundlegende dieser Theorie, die auch als die klassische bezeichnet wird, ist folgendes: Wenn eine Kollisionsnorm auf ausländisches Recht verweist, so muß der Richter so entscheiden, wie der ausländische Richter, dessen Gesetz als anwendbar erklärt wurde, entscheiden würde. Es muß die ausländische Gesetzgebung als Ganzes angewendet werden, ohne eine Trennung in materielles Recht und in die Kollisionsnormen des ausländischen Rechtes zu machen. Das als anwendbar erklärte ausländische Recht ist als eine untrennbare Einheit zu betrachten. Eine Trennung in Sachnorm und Kollisionsnorm ist nicht zulässig. So erklärte Westlake, ein bedeutender Vertreter dieser Lehre in der Sitzung des Institut de droit international in Neuenburg[2]): „On ne peut pas scinder la législation au point de vue du législateur, en droit interne et en droit international; c'est là une distinction qui n'appartient qu'à la science qui résume les législations, les classifie et les critique."

Wenn jede Kollisionsnorm im genannten Sinne interpretiert werden soll, so ist es nicht recht verständlich, daß dies nur für die Kollisionsnorm des Forums gelten soll und nicht auch für die ausländische Kollisionsnorm. Unter der Voraussetzung, daß die ausländische Kollisionsnorm die gleiche Bedeutung hätte, würde sie möglicherweise weiterverweisen, oder auf die Gesetzgebung des Forums mit Einschluß ihrer Kollisionsnormen zurückverweisen, die von neuem auf die ausländische Gesetzgebung verweisen usf. Somit undurchführbar, weil jedes Recht in unendlicher Folge auf das andere zurückverweist. Die Gegner der Rückverweisung, welche immer durch diese Ueberlegung den logischen Widersinn der Rückverweisung beweisen wollen, haben die trockene Rechtssprache um eine Reihe drastischer Aussprüche bereichert[3]). Dieser Einwand erledigt sich dadurch, daß eben nur die einmalige Rückverweisung zu anerkennen ist, weil alle anderen keinen Sinn und Zweck haben und nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen können[4]). Jede

---

[2]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 506.

[3]) Kahn: B. 1. S. 20 ff. „jurist. Spiegelkabinett. Bar. B. 1. S. 280 ff. „circulus victiosus". Niboyet: Manuel. S. 483. „Lawn tennis".

Auslegung muß aber so erfolgen, daß ein vernünftiges Ergebnis zustandekommt. Die Lehre der Gesamtverweisung läßt sich anfechten, wenn man von der Idee der Achtung der eigenen Staatssouveränität ausgeht. Im Forgo-Fall erklärte der französische Gesetzgeber, daß nach seiner Rechtsauffassung das Heimatrecht für die Anknüpfung vorzuziehen sei. Somit ist das bayrische Recht anzuwenden. Der Gesetzgeber gestattet dies nicht nur, sondern er gebietet es. Eine Kollisionsnorm ist vorhanden, um das anzuwendende Gesetz zu bestimmen und nicht, um nachzuforschen, welchem Recht der ausländische Gesetzgeber den Vorzug geben würde. Wenn der Gesetzgeber festlegt, daß für ein bestimmtes Verhältnis ein ausländisches Gesetz anwendbar ist, dann bestimmt er selbst die interne Gesetzgebung des betreffenden Staates und überläßt damit die endgültige Entscheidung nicht dem ausländischen Gesetzgeber. Für den französischen Richter soll nur der eigene Gesetzgeber maßgebend sein. Wenn der französische Richter die bayrische Kollisionsnorm der eigenen vorzieht, so ist dies als eine Höherwertung der ausländischen Gesetzgebung zu bezeichnen[5]). Im Forgo-Fall wandte der französische Richter infolge der Gesamtverweisung das Wohnsitzrecht an, trotzdem der eigene Gesetzgeber auf dem Boden des Heimatprinzipes stand.

Die Gesamtverweisung bietet nicht einmal den Vorteil, eine praktische Lösung herbeizuführen. Es ist nicht sicher, ob das Urteil vollstreckt wird, auch wenn die Kollisionsnorm desjenigen Staates angewandt wird, auf dessen Gebiet die Ausführung der Entscheidung zu erfolgen hat. Eine verschiedene Qualifikation der Kollisionsnorm oder die Geltendmachung des ordre public durch den ausländischen Gesetzgeber kann die Ausführung der Entscheidung auf seinem Gebiete verhindern. Eine einheitliche Lösung der Entscheidungen könnte nur dann erreicht werden, wenn nur der eine der zwei Richter die Rückverweisung anerkennen würde. Zu entgegengesetzten Lösungen gelangen wir, wenn der bayrische Gesetzgeber mit dem gleichen Rechte die Rückverweisung anerkennen würde. Was in Frankreich als rich-

---

[4]) Beck: Kommentar. S. 85.
[5]) Buzzatti: il rinvio. S. 96.

tige Lehre gilt, müßte im anderen Staate als Irrtum angesehen werden, wenn nicht die Rückverweisung ihre Existenzberechtigung verlieren soll.

Eine Gesamtberücksichtigung und Anwendung des ausländischen Rechtes wird nur dann möglich sein, wenn die Kollisionsnormen der beiden in Frage kommenden Gesetze übereinstimmen, also in den Fällen, in denen ein Konflikt gar nicht besteht und die Anwendung der Rückverweisung gar nicht in Frage kommt. Wenn aber die Kollisionsnormen verschieden sind, so kann, wie Buzzatti[6]) sagt, eine „Gesamtverweisung gar nicht möglich sein: Entweder wird die Rückverweisung nicht anerkannt, dann haben wir es mit einer Sachnormverweisung zu tun, oder man anerkennt die Rückverweisung, dann ist keine Gesamtverweisung vorhanden, sondern eine bloße Verweisung auf die ausländische Kollisionsnorm." Nach der Lehre der Gesamtverweisung bildet die ausländische Gesetzgebung eine Einheit, in welcher die Kollisionsnorm nicht von der Sachnorm getrennt werden kann. Dagegen läßt sich sagen, daß Kollisionsnorm und Sachnorm einen verschiedenen Zweck und Inhalt haben und daher nicht als Einheit aufgefaßt werden können. Als Sachnormen sind die Normen zu bezeichnen, die das interne Recht eines Staates bilden, und den in Frage stehenden Fall direkt behandeln. Es sind dies Vorschriften, die der Gesetzgeber erläßt, ohne Rücksicht auf ausländische Interessen. Die Kollisionsnormen enthalten Vorschriften des internationalen Privatrechtes, die nichts anderes sind als Zuständigkeitsbestimmungen für die Gesetzgebung des einzelnen Staates. Sie bilden die Regeln zur Verteilung und Abgrenzung der Souveränitäten und bezeichnen das für die Rechtssprechung anzuwendende Gesetz[7]). Sie bilden eine Regelung für die Konflikte zwischen dem materiellen Rechte des einen Staates mit demjenigen eines anderen. Im internen Rechte trifft der Gesetzgeber Regelungen, für die er allein die Macht hat vorzuschreiben, während es sich im internationalen Privatrecht um das Verhältnis zwischen seinem Gesetz und dasjenige

---

[6]) Buzzatti: il rinvio. 1898. S. 86 ff.

[7]) v. Bar: Zeitschrift für internationales Recht. B. 8. 1898. S. 178. Niboyet: Manuel. S. 483.

eines ausländischen Staates handelt. Auch v. Bar[8]), ein Anhänger der Rückverweisung, anerkennt den Unterschied zwischen einer Kollisionsnorm und einer Sachnorm. So sagt er: „Sind die Vorschriften des internationalen Privatrechtes Vorschriften materiellen Rechtes? Die Antwort kann nur verneinend ausfallen. Wenn das deutsche Gesetz z. B. sagt: Ein Deutscher wird, auch wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hat, nach deutschen Gesetzen beerbt (Art. 24 Abs. 1 des EG zum BGB), so wissen wir über die wirkliche Erbfolge eines Deutschen im allgemeinen wie im konkreten Falle noch nicht das mindeste . . ."

Das internationale Privatrecht hat sich vollständig unabhängig vom internen Recht entwickelt. Das materielle Recht und die Kollisionsnormen werden meist von verschiedenen Gesetzgebern ausgearbeitet. Die Kollisionsnormen werden nachträglich abgeändert oder ergänzt, ohne Berücksichtigung der Sachnormen und umgekehrt. So hat z. B. der belgische Gesetzgeber durch ein Gesetz vom Jahre 1882 über die Ehe der Belgier im Auslande die Kollisionsnorm im Art. 170 des Code civil abgeändert, ohne das interne Eherecht irgendwie zu berühren.

3. Die Lehre der doppelten Rückverweisung

Diese Lehre ist von Dicey aufgestellt worden. Dicey[9]) überlegt am Beispiel der Erbfolge eines mit Wohnsitz in Italien verstorbenen Engländers wie folgt: Nach dem englischen internationalen Privatrechte ist das Recht des letzten Wohnsitzes, also das italienische Recht in seiner Gesamtheit mit Einschluß des internationalen Privatrechtes anwendbar, das aber seinerseits das englische Recht als das Heimatrecht zur Anwendung bringt. Der englische Richter, erklärt Dicey, müsse so handeln wie ein italienischer Richter, und den Sinn dieser Verweisung des italienischen Rechtes auf das englische Recht feststellen. Es wird dies vom Inhalt der italienischen Kollisionsnorm abhängig sein. Wenn das italienische internationale Privatrecht die Gesamtverweisung nicht anerkennt, so unterstellt der englische Richter, indem er die Rückverweisung der italienischen

[8]) Zeitschrift für internationales Recht. B. 8. S. 177.

[9]) Dicey: Conflict of laws. S. 721.
Sewell: Revue Darras. 1913. S. 231.

Kollisionsnorm auf das Heimatrecht annimmt, die Erbfolge dem englischen Erbrecht. Wie würde aber das Resultat sein, wenn die italienische Kollisionsnorm das englische Recht als Ganzes, mit Einschluß seiner international-privatrechtlichen Normen als anwendbar erklären würde? Der englische Richter wäre verpflichtet, die Rückverweisung der englischen Kollisionsnorm auf das interne italienische Recht zu befolgen, wenn er wie sein italienischer Kollege handeln würde. Der englische Richter müßte also das italienische Erbrecht zur Anwendung bringen, und würde so die gleiche Lösung erhalten, wie wenn er der englischen Kollisionsnorm gefolgt wäre ohne Rücksicht auf das italienische internationale Privatrecht zu nehmen. Die Rückverweisung hebt sich somit in den Fällen auf, wo beide in Frage stehenden Gesetzgebungen die Rückverweisung annehmen.

Dicey's Theorie enthält folgenden Grundgedanken: Der englische Richter muß die Rückverweisung annehmen, wenn der ausländische Richter die Rückverweisung nicht anerkennt. Wenn aber der ausländische Richter die Rückverweisung anerkennt, so muß sie der englische Richter auf Grund der doppelten Rückverweisung nicht zulassen. Diese Ueberlegungen führen zu seltsamen Schlußfolgerungen. Angenommen, der italienische Richter würde in der gleichen Weise vorgehen, so müßte er zu einem dem englischen Richter entgegengesetzten Urteile gelangen. Die Erbfolge des mit Wohnsitz in Italien verstorbenen Engländers müßte auf Grund der einfachen Rückverweisung, in England nach dem englischen Recht und in Italien nach dem italienischen Rechte beurteilt werden. Auf Grund der doppelten Rückverweisung müßte die Erbfolge in England dem italienischen Recht und in Italien dem englischen Rechte unterstellt sein. Der englische Richter hätte auf Grund der doppelten Rückverweisung italienisches Recht anzuwenden, eine Lösung, die man auf Grund der Sachnormverweisung ebenfalls erlangt hätte. Eine solche Auffassung der Kollisionsnormen führt zu einem circulus vitiosus, was auch bei der Weiterverweisung der Fall sein kann, d. h. wenn die ausländische Kollisionsnorm das Recht eines dritten Staates für zuständig erklärt. Lewald[10]) erwähnt

[10]) Recueil: S. 596 ff.

als Beispiel folgenden Fall: Ein deutscher Richter hat über die Erbfolge eines mit Wohnsitz in England verstorbenen Dänen zu urteilen, in dessen Erbmasse sich Immobilien in Italien befanden. Nach welchem Recht muß die Erbfolge beurteilt werden? Nach den Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechtes muß sich der Richter auf das dänische Recht beziehen, das auf das englische Recht als das Recht des letzten Wohnsitzes verweist. Wenn aber die Anknüpfungsnorm die ausländische Gesetzgebung als Ganzes anwendbar erklärt, so muß er die englische Kollisionsnorm in Betracht ziehen, die in bezug auf die in Italien gelegenen Immobilien auf das italienische Recht als das Recht am Orte der gelegenen Sache verweist, wobei das italienische Recht seinerseits auf das dänische Recht als das Heimatrecht Bezug nimmt. Die Folgerungen, die sich aus dem Prinzip der Gesamtverweisung ergeben, sind unannehmbar. Wenn die Kollisionsnormen[11]) nicht im Sinne der Gesamtverweisung betrachtet werden können, also nicht im Sinne einer Verweisung auf die ausländische Gesetzgebung als Ganzes, so können diese Normen so aufgefaßt werden, daß sie das materielle ausländische Recht als anwendbar erkennen. Wäre es somit möglich, zum Resultate der Rückverweisung zu gelangen, ohne die ausländische Kollisionsnorm derjenigen des Forums zu unterstellen? Mehrere Autoren haben den Versuch unternommen, das Resultat der Rückverweisung zu begründen und ihr eine neue Basis zu geben. Es soll hier u. a. auf die Theorie v. Bar's eingegangen werden, die in der Literatur auch als die Lehre der Achtung der fremden Staatssouveränität bezeichnet wird.

4. Die Lehre v. Bar's

Für die Begründung seiner Lehre geht v. Bar von dem Gedanken aus, daß die Vorschriften des internationalen Privatrechtes die Zuständigkeit der Gesetzgebung des Forums oder diejenige der ausländischen Gesetzgebung bestimmen[12]). Diese

---

[11]) Streit: In Festgabe für Fleiner, S. 331 ff., betrachtet die Kollisionsnormen als Bestandteil des öffentlichen Rechtes.

[12]) v. Bar: Theorie und Praxis des IPR. B. 1. S. 279.

Bestimmungen des internationalen Privatrechtes werden nur als Zuständigkeitsnormen betrachtet, weil in den Gesetzgebungen von der Ueberlegung ausgegangen wird, daß die Bestimmungen, in denen die Zuständigkeit einer andern Gesetzgebung anerkannt wird, nur einen positiven Ausdruck darstellen für das, was aus der Natur der Sache folgt. Wie v. Bar dazu sagt: „Es wird in den meisten Fällen den Gerichten die Arbeit erleichtert, dem Publikum zum vorneherein klargemacht, welche Entscheidungen es im Falle des Streites zu erwarten hat." Es geschieht dies nur aus Zweckmäßigkeitsgründen und überschreitet nach der Meinung v. Bar's die Grenzen der Gesetzgebungsgewalt des Staates. Kann der Gesetzgeber einer ausländischen Gesetzgebung Kompetenz erteilen, die selbst nicht angewandt werden will? Verlangt es nicht der Respekt vor der fremden Souveränität, daß man dem Willen des fremden Gesetzgebers von sich aus Rechnung tragen müsse, der darauf verzichtet, den in Frage stehenden Fall zu lösen? Nach der Meinung v. Bar's ist dies eine ungleiche Behandlung des ausländischen Staates, eine Anmaßung einer Art von „übernationalem Rechte", das keinem Staate zusteht. Es könne somit keine auferlegte Kompetenz geben. Die Achtung der ausländischen Gesetzgebung muß den Richter verhindern, ein Gesetz anzuwenden, das nicht angewendet werden will." Was besagt es in Wahrheit, wenn eine Gesetzgebung das sogenannte persönliche Recht von dem Wohnsitze und nicht von der Staatsangehörigkeit abhängig macht? Doch nichts anderes, als es nach dieser Gesetzgebung eine Staatsangehörigkeit im technischen Sinne für das Gebiet des Privatrechtes gar nicht gibt. Da nun die betreffende Person in dem andern Staate ebenfalls privatrechtlich keine Staatsangehörigkeit besitzt, so liegt der Fall so, als besäße die Person privatrechtlich überhaupt keine Staatsangehörigkeit, es muß also die Gesetzgebung des Domiziles für zuständig erklärt werden."

Da in diesem Falle also der ausländische Staatsangehörige sich nicht auf das Heimatrecht berufen kann, so muß eben das Wohnsitzrecht berücksichtigt werden, dies nicht auf Grund der Rückverweisung, sondern einfach deshalb, weil diese Lage gleich zu behandeln ist, wie ein Fall von Heimatlosen. „Es ist

also nicht ein Fall von Rückverweisung vorhanden, sondern er ist eher als eine Ausnahme zu der Regel als Heimatrecht zu betrachten“[13]).

Vom gleichen Gedanken geht Westlake[14]) aus. Auch nach ihm gibt es in bestimmten Fällen kein Heimatgesetz. Westlake erklärt dies an folgendem Beispiel: Ein französischer Richter hat über die Handlungsfähigkeit eines in Frankreich wohnhaften Engländers zu urteilen. Der französische Richter wird das Wohnsitzrecht anwenden, weil für den gegebenen Fall keine Anknüpfungsmöglichkeiten an das Heimatrecht vorhanden sind.

„A défaut de la loi nationale, le domicile n'en est pas moins un lien, un lien moins fort d'après les idées modernes que la nationalité, mais après tout un lien. Voilà pourquoi le législateur français appliquera la loi française, non parce que le législateur anglais renvoie, mais parcequ'il se désinteresse.“

Die Anwendung ausländischen Rechtes ist nach Westlake als ein Angebot an die ausländische Gesetzgebung zu betrachten, das als aufgehoben zu betrachten ist, wenn der ausländische Gesetzgeber sich nicht darum kümmert und es ablehnt.

Auf die Einwendung von Buzzatti[15]), daß durch das System der Rückverweisung von einem Gesetz auf das andere Gesetz in unendlicher Reihe verwiesen wird, erklärt Westlake: „La loi anglaise ne renvoie pas, elle ne fait que se désinteresser.“ Die Ideen v. Bar's, wie auch diejenigen Westlake's führen nicht zum circulus vitiosus, der durch die Anwendung der Rückverweisung entstehen würde, welche auf der Meinung beruht, daß jede Kollisionsnorm eine Verweisung auf die ausländische Gesetzgebung als Gesamtheit enthalte. Beruhen diese Ueberlegungen aber auf Tatsachen? Die Auffassung, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes trotz deren Verweisung eine Mißachtung der ausländischen Souveränität bildet, ist abzulehnen. Für den Fall des positiven Gesetzeskonfliktes anerkennt selbst v. Bar, daß der Richter sein eigenes Recht zur Anwendung bringen soll,

---

[13]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 541.
[14]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 551.
[15]) Annuaire abrégé. B. 4. S. 552

obwohl das ausländische Recht selbst angewendet werden will[16]). Der Richter unterstellt durch Anwendung seines eigenen Rechtes das in Frage stehende Rechtsverhältnis dem Machtbereich des ausländischen Rechtes, das ebenfalls zur Anwendung gelangen will. Aus welchem Grunde ist das, was im positiven Konflikt erlaubt ist, im negativen Konflikt als eine Mißachtung der ausländischen Souveränität zu betrachten?

Mitteis[17]) äußert sich zu den Ideen von Bar's wie folgt: „Was zunächst die Souveränitätsfrage anbetrifft, so glaube ich, daß zunächst die Souveränität hier nicht in Frage steht. Selbstverständlich ist es ein Teil der Staatssouveränität, daß der Staat eine Rechtsordnung hat. Dagegen glaube ich, ist der Souveränitätsbegriff überspannt, wenn man soweit geht zu sagen: In jedem einzelnen Privatrechtsverhältnis, wenn es auch im Ausland zur Judikatur kommt, liegt die Souveränität des Staates gewissermaßen verkörpert, und man hat in demselben den Heimatstaat zu respektieren. Soweit reicht die Souveränität nicht, daß jedes einzelne Privatrechtsverhältnis, welches einmal dem Staate angehört, ihn repräsentiert, auch wenn es im Ausland zur Judikatur kommt. Ich glaube, das wäre eine Art von staatsrechtlichem Pantheismus, die durch nichts gerechtfertigt ist."

v. Bar bestreitet die Auffassung, daß der Gesetzgeber sich der fremden Gesetzgebung unterwerfe, wenn er das fremde Recht für anwendbar erklärt und es dennoch nicht anwendet. „Der Einwand", so schreibt er, „steht und fällt mit der Behauptung, daß die betreffende Vorschrift unmittelbar materielles Recht enthalte, denn eine Zuständigkeit, die der ausländische Gesetzgeber ablehnt, kann ihm unser Gesetzgeber nicht beilegen. Die Tatsache, daß die Auffassung des Gesetzgebers durch die Einstellung der ausländischen Kollisionsnorm geändert werden kann, ist nicht anzuerkennen"[18]). Es gehe nicht an, daß die Beantwortung der Frage nach dem Rechte für die zur Entscheidung stehende Angelegenheit einem ausländischen Recht überlassen wird, das nicht weiß, welche Sache zu entscheiden ist.

[16]) v. Bar: B. 1. 278.
[17]) Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. B. 4. S. 94.
[18]) Zeitschrift für internationales Privatrecht. 1898. S. 181.

Als praktische Folgerung der Rückverweisung erklärt v. Bar, daß es bei weitem leichter festzustellen sei, „ob nach dem ausländischen Recht das Domizil oder die Staatsangehörigkeit so z. B. für das Personalstatut des Ausländers maßgebend ist, als sich über das etwa zur Anwendung kommende materielle Recht selbst zu vergewissern und insofern die Rückverweisung dazuführt, daß das inländische materielle Recht angewendet wird, und die Sicherheit derjenigen, die mit dem Ausländer Rechtsgeschäfte tätigen, erhöht“[19]).

Kahn[20]) antwortet darauf: „Der Richter C findet in seinem Gesetz eine Konfliktsregel, die ihm sagt, das Recht A ist maßgebend. Das Natürliche ist dann, daß er ohne sich darüber zu informieren, ob auch der Staat A eine gleichlautende Konfliktsnorm hat, direkt das materielle Recht anwendet. Wie sollte er auch dazukommen, nach Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Konfliktsnormen von A und B zu fragen? Was weiß er überhaupt vom Staate B, der für ihn der Sache ebenso fremd gegenübersteht wie die Staaten X, Y und Z? Man sieht, das für den Richter naheliegendste ist jedenfalls nicht die Entscheidung v. Bar's. Das Naheliegendste ist vielmehr, einfach dasjenige materielle Recht anzuwenden, auf welches die richterliche Konfliktsnorm verweist und nach weiterem überhaupt nicht zu fragen.“

Betreffend der Kompetenzzuteilung kann die Meinung von Buzatti angeführt werden[21]): „Der Grundgedanke der Lehre von Bar's und Westlake's ist der, zu verhindern, daß ein Staat einem andern eine Kompetenz zuspreche, welche dieser ausschlägt. Auch wenn sie darnach gezwungen sind, zuzugeben, daß der italienische Staat das Recht hat, den in England wohnhaften Italiener nach seinem Gesetze zu beurteilen, und der englische Staat ebenfalls berechtigt ist, ihn nach seinem englischen Recht zu beurteilen, so reduziert sich ihre Ueberlegung auf folgendes: „Unser Staat kann einem fremden Staate nicht eine Kompetenz zusprechen, welche dieser verweigert, aber er kann

---

[19]) v. Bar: B. 1. S. 182.

[20]) Kahn: IPR. B. 1. S. 302.

[21]) Buzatti: Die Frage der Rückverweisung vor dem Institut de droit int. Zeitschrift für internationales Privatrecht. B. 2. Heft 1. S. 3.

sich recht wohl eine Kompentenz zulegen, die ein fremder Staat für ihn eigen erklärt. Hier liegt der Irrtum dieser Doktrin. Andern die Kompetenz nehmen, um sie sich zuzulegen, ist jedenfalls schwerwiegender, als andern eine Kompetenz zulegen, welche diese verweigern. Man fügt mir ohne Zweifel eine größere Beleidigung zu, wenn man mir ein Recht verweigert, das mir zusteht, als wenn man mir ein solches zuspricht, das ich nicht zu haben glaube."

Die Rückverweisung kann nicht mit der Lehre des Verzichtes begründet werden. Es kann oft von einem Verzicht überhaupt nicht gesprochen werden, wie es z. B. Westlake behauptet, denn das englische Recht, auf das verwiesen wird, kann ein ausländisches Recht für maßgebend erklären. Wir haben dann eine Weiterverweisung, oder das englische Recht schreibt von sich aus die Anwendung des Wohnsitzrechtes vor; dann haben wir es weder mit einer Rückverweisung noch mit einem Verzicht zu tun.

5. Die Lehre vom politischen Staatsinteresse

Auch die Ideen von Leresbours-Pigeonnière[22]) beruhen auf ähnlichen Gedanken, wie diejenigen von Westlake und v. Bar. Er unternimmt den Versuch, das durch die Anwendung der Rückverweisung entstehende Resultat im Gebiete des Personalstatutes zu begründen. Leresbours-Pigeonnière will nicht die ausländische Kollisionsnorm derjenigen des urteilenden Gerichtes substituieren. Er anerkennt die französische Rechtssprechung, die im Gebiet des Personalstatutes auf Ausländer mit Wohnsitz in Frankreich das interne französische Recht anwendet, insofern sie, entsprechend den international-privatrechtlichen Normen ihrer Heimatgesetzgebung dem Rechte des Wohnsitzes unterworfen sind. Leresbours-Pigeonnière unterscheidet zwei Arten von Kollisionsnormen, solche, die auf rein politischen Ueberlegungen basieren und solche, die aus rechtlichen Ueberlegungen hervorgehen. Der Gesetzgeber, der eine Kollisionsnorm aus rein rechtlichen Ueberlegungen heraus aufstellt, sucht die für das in Frage stehende Rechtsverhältnis passendste Lösung,

[22]) Clunet: 1924. S. 887 ff. Clunet: 1925. S. 656 ff.

dies mit Rücksicht auf den internationalen Verkehr und die Privatinteressen, die im Spiele stehen.

Die zweite Art von Kollisionsnormen sind solche, die auf politischen Gründen beruhen. Aus solchen Gründen wird dem materiellen Rechte die Macht über die eigenen Staatsangehörigen gegeben. Auf die Frage, welchem Rechte Ausländer mit Wohnsitz in Frankreich unterstehen, sagt Leresbours-Pigeonnière[23]): „La justice nous oblige à donner la même autorité chez nous aux lois internes nationales des états qui, ayant la même base politique, revendiquent la protection de leurs sujets. Elle ne peut pas nous obliger à l'attribuer aux lois internes des états qui ne la revendiquent pas, n'ayant ni la conception de l'intérêt de l'état national ni en un certain sens la même structure." Grundsätzlich soll das Heimatrecht nicht für diejenigen Ausländer angewendet werden, deren Gesetzgebung dem Heimatrecht nicht dieselbe Stellung als Anknüpfungsmoment einräumt, und deren Staatsangehörigkeit nicht die Macht des Heimatrechtes über sie rechtfertigt.

Leresbours-Pigeonnière vertritt hier eine ähnliche Auffassung wie v. Bar, er betrachtet diese Ausländer als Heimatlose. Wie diese, werden sie auf Grund der französischen Kollisionsnorm dem Rechte ihres tatsächlichen Wohnsitzes unterstellt. „La loi de la résidence habituelle convient aussi bien aux Heimatlosen qu'aux étrangers dont la nationalité ne comporte pas par sa nature l'autorité de la loi nationale"[24]). Es gibt somit im französischen internationalen Privatrecht zwei Kollisionsnormen betreffend die Rechts- und Handlungsfähigkeit von Ausländern. Eine Kollisionsnorm erklärt das Heimatrecht als anwendbar, die zweite führt subsidiär mangels eines Heimatrechtes zur Anwendung des Wohnsitzrechtes. Leresbours-Pigeonnière behauptet[25]): „Chaque état doit avoir son droit international, et nul ne peut, sans abdiquer, se mettre à la remorque d'un droit international étranger." Diese Forderung steht im Widerspruch zu seiner Auffassung, nach der in einem einzigen Staate verschiedene Arten von Kollionsnormen bestehen, die sich je nach der

[23]) Clunet: 1924. S. 898.
[24]) Clunet: 1924. S. 899.
[25]) Clunet: 1924. S. 880.

Entscheidung des ausländischen Gesetzgebers anwenden lassen. Der Gesetzgeber will sicher nicht die Anwendung einer Verweisung von dem Umstande abhängig machen, ob das ausländische Recht angewandt oder nicht angewandt werden will. Dieser Fall würde sich ergeben, wenn man die Anwendung ausländischen Rechtes als eine Art von Konzession an die ausländische Gesetzgebung betrachten würde. Dies würde dem Gedanken der „courtoisie internationale" entsprechen. Die Anwendung von ausländischem Rechte ist aber nicht als ein Zugeständnis an den Willen des ausländischen Gesetzgebers zu betrachten. Sie findet ihre Anwendung nur durch den Willen des Gesetzgebers der Heimat, der auf die Gesetzeskollision eine seinen Ansichten entsprechende Lösung anwendet, Es sind auch nicht rechtliche, sondern politische Gründe, die für den französischen Gesetzgeber die Veranlassung gegeben haben, auf Fragen des Personalstatutes das Heimatrecht anzuwenden.

Auch ist die Zweiteilung der Kollisionsnorm im Sinne von Leresbours-Pigeonnière nach rechtlichen und politischen Gründen nicht anzuerkennen. Dieser Lehre entsprechend umfaßt das Personalstatut, das politischen Erwägungen unterliegt und so am meisten den Schwankungen ausgesetzt ist, gerade diejenigen Beziehungen, um die sich die Machtbereiche der einzelnen Staaten am meisten zu interessieren pflegen. Das Personalstatut sollte daher nicht von der Auffassung des ausländischen Gesetzgebers abhängig sein. Leresbours-Pigeonnière wendet in der Tat nichts anderes als die Rückverweisung an, obwohl er für seine Lehre das Problem der Rückverweisung nicht anerkennt.

6. Die Lehre der ausschließlichen Kompetenz des Heimatrechtes im internationalen Privatrecht

Grundsätzlich beruhen die Lehren von Fiore und Frankenstein auf der gleichen Auffassung, daß gewisse zur Lösung stehende Rechtsverhältnisse nur von einem Gesetzgeber beurteilt werden können, der somit für sich eine exklusive Zuständigkeit beanspruchen kann. Fiore's Auffassungen gehen auf die von Mancini begründete italienische Schule des internationalen Pri-

vatrechtes zurück. Diese Schule vertritt die Idee der Personalität des Rechtes und betrachtet als Hauptbasis des internationalen Privatrechtes das Heimatrecht. Die Gesetze sind ausschließlich für die eigenen Staatsangehörigen geschaffen, die diesen Gesetzen unterstehen, wo immer auch sie sich befinden[26]). Wie Melchior[27]) ausführt, beruhen auch die Ideen Mancini's darauf, da in Italien die Lehre der Staatsangehörigkeit wohl am orthodoxesten vertreten wird. Es kommt noch hinzu, daß die Einleitungsbestimmungen zum bisherigen italienischen Zivilgesetzbuch, welche die Grundlagen zum italienischen internationalen Privatrecht bilden, mehr sein wollten, als nur Vorschriften für den italienischen Richter zur Lösung örtlicher Rechtskollisionen. Der Verfasser Mancini hat aus politischen Gründen seine Lehre als Grundlage eines allgemein verbindlichen internationalen Privatrechtes empfohlen. Italien hat unter dem Einflusse Mancini's in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts eine einheitliche Regelung des internationalen Privatrechtes herbeizuführen versucht. Staaten, die das Personalstatut nach dem Wohnsitz bestimmen, waren von jeher solchen Ideen abgeneigt. Fiore, ein Vertreter dieser italienischen Schule, geht von der Idee der Personalität des Rechtes aus und versucht die Rückverweisung für gewisse Gebiete, so z. B. die Handlungs- und Rechtsfähigkeit zu begründen, welche dem Heimatrecht zu unterstellen sind[28]). So ist es nach dieser Lehre der nationale Gesetzgeber, der die ausschließliche Kompetenz hat, das Personalstatut seiner Angehörigen auch im Auslande zu regeln[29]).

Diese Gesetzgebungskompetenz wird von den verschiedenen Gesetzgebern in einer verschiedenen Art angewendet. Nach der einen Auffassung werden diese Fragen dem Heimatrecht unterstellt, wo auch immer der Wohnsitz sich befinden mag, während die andern einen im Auslande wohnhaften Staatsangehörigen dem Wohnsitzrecht unterstellen. Auch durch die Unterstellung der Staatsangehörigen im Auslande unter das Recht des Wohn-

[26]) Clunet: 1874. S. 297. „Le droit civil privé est personnel, et comme tel doit accompagner la personne hors de la patrie."

[27]) Melchior: S. 200.

[28]) Lainé: Revue Darras 1907. S. 309.

[29]) Clunet: 1901. S. 681.

sitzes, übt der Gesetzgeber der Heimat eine ihm zustehende Gesetzgebungskompetenz aus.

„Par consequent les règles qu'il édicte pour déterminer la condition civile de ses citoyens même en pays étrangers, dans le domaine de leurs droits privés, doivent être reconnues intégralement parce qu'elles font parti du statut personnel. Les règles législatives concernant le droit privé édictées en vertu de la compétence législative personnelle, doivent avoir la même autorité que le statut personnel, parce qu'elles en sont un élément intégrant ou complémentaire“[30]). Nach Fiore kann und darf die Rückverweisung nicht existieren. Der Gesetzgeber hat für Ausländer, die in seinem Gebiete wohnen, keine Gesetzgebungskompetenz inne. Richtig fundiert und der Logik entsprechend wäre die Auffassung Fiores dann, wenn der Gesetzgeber wirklich nur die Macht hätte, für seine Angehörigen Gesetze zu erlassen. Kann man aber, wenn z. B. der englische Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit von Ausländern dem englischen Recht als das am Wohnsitz maßgebende Recht unterstellt, dies als Ueberschreitung der Gesetzgebungskompetenz betrachten? Fiore anerkennt das Wohnsitzrecht nur dann, wenn der Gesetzgeber des Heimatstaates es als solches maßgebend erklärt hat. Der Gesetzgeber der Heimat kann den Wohnort als „sekundäre Anknüpfung“ anwenden. Er allein kann seine Staatsangehörigen auf Grund seiner Gesetzgebungskompetenz dem Wohnsitzrecht unterstellen. Aus dieser Theorie geht hervor, daß als Anknüpfungsmoment dasjenige der Heimat, demjenigen des Wohnsitzes übergeordnet ist. Das Vorrecht des Heimatrechtes kann aber auf internationalem Gebiet nicht anerkannt werden. Wenn der Gesetzgeber für das Personalstatut eine Kollisionsnorm erläßt, so kann er als Anknüpfung die Heimat- wie den Wohnsitz wählen, und dies nicht nur für seine eigenen Staatsangehörigen. Beide Prinzipien sind völlig gleich berechtigt. Auf Grund der historischen Entwicklung ihrer Rechtsanschauungen sprechen sich die einen Staaten für das Wohnsitzprinzip, die andern für das Heimatprinzip aus. Gerade das anglo-sächsische Recht beweist, daß die Auffassung der ausschließlichen Zuständigkeit

[30]) Clunet: 1901. S. 689.

des nationalen Gesetzgebers nicht anerkannt werden kann. Fiore bezweckt mit seinen Ideen, den Einfluß des italienischen Rechtes soweit als möglich auszudehnen, und dies speziell auf die im Ausland wohnenden Italiener. Nach seiner Lehre unterstehen die Auslanditaliener dem italienischen Rechte, was auch die international-privatrechtlichen Normen des ausländischen Staates bestimmen sollten. Die Ausländer mit Wohnsitz in Italien sind dem italienischen Rechte unterstellt, wenn ihr Heimatrecht auf das Wohnsitzrecht verweist[31]). Im ersten Fall wird die Rückverweisung abgelehnt, während sie im zweiten Fall angenommen wird.

Aehnliche Gedanken wie bei Fiore[32]) finden wir bei Frankenstein vertreten. Nach seiner Lehre soll es möglich sein, die Gegensätze zu beseitigen, die auf der Verschiedenheit der Kollisionsnormen der einzelnen Gesetzgebungen beruhen, wie auch die Rückverweisung aufzuheben. Er versucht den Art. 27 EG zum BGB zu rechtfertigen und ihn zum Mittelpunkt eines international-privatrechtlichen Systemes zu erheben. Frankenstein geht von der Ueberlegung aus, daß der Machtbereich jeder Privatrechtsordnung durch aprioristische Erwägungen festzustellen sei. Es sind zwei Grundsätze, die den Machtbereich bestimmen. Die Privatrechtsordnung gilt nach Frankenstein nur für die Staatsangehörigen und für die Sachen, die der staatlichen Souveränität unterworfen sind. Der Ausgangspunkt Frankensteins ist dem von Zitelmann ähnlich. Zitelmann baut sein internationales Privatrecht auf die Begriffe von Personal- und Gebietshoheit auf und geht von völkerrechtlichen Erwägungen aus. Frankenstein geht von seinen „Axiomen" der primären Herrschaft des Rechtes der Staatsangehörigkeit über die Menschen und des Rechtes der Lage über die Sache aus[33]). Dem primärherrschenden Rechtssystem gestattet er, die Personen und Sachen den materiellen Normen eines anderen Rechtes durch sekundäre Anknüpfung zu unterwerfen. Nur diese Sätze der

---

[31]) Fiore: Journal de droit civil privé. 1901. S. 698 ff.
Lainé: Revue Darras 1907. S. 331.

[32]) Frankenstein: IPR. B. 1. 1926.
Neumeyer: Jur. Wochenschrift. 1926. B. 2. S. 1908.

[33]) Frankenstein: B. 1. S. 53.

auf Grund der primären Anknüpfung zuständigen Rechtsordnung, die eine derartige Unterwerfung statuieren, sind die eigentlichen Rechtssätze, die das internationale Privatrecht oder „Grenzrecht" bilden, wie Frankenstein es bezeichnet. Kollisionsnormen im bisherigen weiteren Sinne gibt es nach dieser Auffassung nicht. Wenn z. B. der französische Gesetzgeber in Art. 3 Cc „état et capacité" der französischen Staatsangehörigen im Auslande dem französischen Rechte unterstellt, und wenn der Art. 27 des EG zum BGB für die Geschäftsfähigkeit das Recht des Heimatstaates als maßgebend erklärt, so sind diese Sätze nach Frankenstein eigentlich gar keine Rechtssätze. Der französische wie der deutsche Gesetzgeber sprechen hier nur das aus, was a priori notwendig ist. Wie steht es aber mit solchen Normen, bei denen der Gesetzgeber sein eigenes Recht auch für Ausländer anwendbar erklärt? Nach Frankenstein's Auffassung liegt dann eine Pseudoanknüpfung vor, deren Eigenschaften darin bestehen sollen, daß der Gesetzgeber Tatbestände unter seine Herrschaft zwingt, die nach der Axiomlehre Frankensteins nicht unter seine Herrschaft gehören. Seine Herrschaft ist nichts anderes als Gewalt und Polizei[34]). Als Folgerung ist vom Standpunkt dieser Auffassung aus kein Problem der Rückverweisung mehr vorhanden, wie es bei Fiore[35]) der Fall ist, dessen Lehre mit der von Frankenstein Berührungspunkte aufweist. Für die Beerbung eines in Deutschland verstorbenen Dänen ist a priori das dänische Recht als primär herrschendes Recht für die Beurteilung der Erbfolge maßgebend. Es übt diese Herrschaft aus, indem es die Regelung der Erbfolge auf Grund der sekundären Anknüpfung dem deutschen Recht als das am Wohnsitz maßgebende Recht unterwirft. Diese „Grenznorm" des dänischen Rechtes hätte der deutsche Richter auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des Art. 27 zu beachten. Hätte der dänische Richter über die Erbfolge zu bestimmen, so hätte auch er deutsches Recht zur Anwendung zu bringen, ohne sich um den Art. 27 zu bekümmern, der nicht eine Kollisionsnorm aufstellt, sondern nur als eine Anerkennung der

---

[34]) Frankenstein: B. 1. S. 52 ff.
[35]) Clunet: 1901. S. 424 und 618 ff.

exklusiven Zuständigkeit des Heimatrechtes zu betrachten ist. Der dänische wie der deutsche Richter würden demnach beide das deutsche Erbrecht zur Anwendung bringen, womit eine Gesetzesharmonie erreicht wäre. Man könnte das Verschwinden der Rückverweisung als den besten Beweis zur Stützung dieser Lehre betrachten. Die einheitliche Lösung ist also nur dadurch zustande gekommen, daß nach der Auffassung von Frankenstein der Wohnsitz als Anknüpfungsmoment an die zweite Stelle gedrängt wird. Man würde ebenfalls zu diesem Resultate einer Gesetzesharmonie gelangen, wenn man den Wohnort als das primäre, und die Staatsangehörigkeit als das sekundäre Anknüpfungsmoment betrachten würde. Frankensteins Lehre steht und fällt aber mit der „axiomistischen" Abgrenzung der Machtbereiche der einzelnen Privatrechtsordnungen, die von ihm zum Ausgangspunkt genommen wurde. Er nimmt zum vorneherein an, daß sämtliche Staaten dem Prinzip der Staatsangehörigkeit folgen, was aber den Tatsachen nicht entspricht[36]). Es können hier die gleichen Einwendungen gemacht werden wie bei Fiore, daß ein Vorrecht des Heimat- oder Wohnsitzprinzipes nur innerhalb der gleichen Gesetzgebung vorausgesetzt werden kann, aber nicht im internationalen Verkehr, wo beide Anknüpfungsmomente gleichberechtigt sind. Daher hat Frankenstein die Staaten nicht in seine Lehre einbeziehen können, welche die Ausländer der Gesetzgebung des Wohnortes unterstellen. Nach Frankenstein überschreitet ein solcher Staat die Grenzen seiner Gesetzgebungskompetenz. Wer diese Ueberordnung des Heimatprinzipes nicht anerkennt, kann der Lehre von Frankenstein[37]), so überzeugend sie auch wirken mag, niemals zustimmen.

7. Schlußfolgerungen

Wir gelangen zur Folgerung, daß keine in der Doktrin vertretene Auffassung die Richtigkeit der Rückverweisung beweisen kann. Keine Lehre beweist, aus welchem Grunde der Richter der Kollisionsnorm eines ausländischen Gesetzgebers den

---

[36]) Lewald: Recueil S. 613.

[37]) Philolenko: La théorie du droit de renvoi en droit comparé. 1935, basiert auf der Lehre Frankensteins.

Vorzug geben müsse, anstatt der Lösung zu folgen, die ihm sein eigener Gesetzgeber gegeben hat.

Allerdings kann auch nicht gesagt werden, daß z. B. der „ordre public" für ein angemessenes Urteil besorgt sei und die Rückverweisung ersetzen könne. Vielmehr muß bei Behandlung der Frage der Rückverweisung die Frage des Ordre public außer Acht gelassen werden. Der Ordre public ist, wie Giesker-Zeller sagt[38]), „die ausschließliche Anwendung von Inlandrecht des öffentlichen Wohles halber, in Fällen, wo sonst ausländisches Recht Platz greifen müßte". Er ist als Ausnahmeregel zu betrachten, die nur in ganz seltenen Fällen, beim Vorliegen spezieller Gründe zur Anwendung zu kommen hat. Mit ihm könnte höchstens die Rückverweisung begründet werden, nicht aber die Weiterverweisung. Würde man an Stelle der Rückverweisung die Ordre public-Klausel anwenden, so wäre damit für die Entwicklung des internationalen Privatrechtes gar nichts gewonnen. Die Rechtssicherheit verlangt die Einschränkung des o. p., so daß die Vorbehaltsklausel nur auf das allernotwendigste zu beschränken ist. Wie Hengartner[39]) ausführt, pflegen aber solche Fragen bei Anwendung der Bestimmungen, die die Rückverweisung vorsehen, nicht aufzutreten, sodaß der o. p. die Rückverweisung nicht zu ersetzen vermöchte. Die Annahme der Rückverweisung widerspricht dem Begriff der Souveränität. Jeder Staat erläßt auf Grund der eigenen Souveränität Normen für die Lösung von Kollisionen. Darin werden die Tragweite und die Anwendbarkeit der Kollisionsnormen der eigenen Gesetzgebung festgelegt, und ausgedrückt, welche Rechtsverhältnisse nicht dem eigenen, sondern einem ausländischen Rechte zu unterstellen sind. Der eigenen Gesetzgebung bleibt es überlassen, die Grenzen der geschuldeten Achtung vor dem ausländischen Staate festzulegen. Kann man unter diesen Bedingungen einer Kollisionsnorm eines ausländischen Staates eine höhere Zuständigkeit beimessen als der lex fori? Wenn eine Kollisionsnorm zurückzutreten hat, so ist es diejenige des ausländischen Staates. Man kann nicht entgegen jeder Logik die aus-

[38]) Giesker-Zeller: Der o. p. international. SJZ b. 14. S. 133.
[39]) Hengarnter: S. 173.

ländische Kollisionsnorm derjenigen des in Frage kommenden Richters vorziehen[40]). Man kann die Rückverweisung nur dadurch erklären, daß man sie entweder aus Gründen der „courtoisie internationale" anwendet, oder, daß sie tatsächlich dem Richter die Anwendung seines eigenen Rechtes ermöglicht, was als eine bequeme, wenn auch nicht immer elegante Lösung zu bezeichnen ist. Keine dieser Erklärungen kann genügend begründet werden. Es ist ferner nicht die Rolle des Gerichtes, sich auf die Seite desjenigen Rechtes zu stellen, dessen Anwendung am vorteilhaftesten und bequemsten ist. Als allgemeines Prinzip ist die Rückverweisung abzulehnen, da sie nicht als Mittel zur Erreichung der Gesetzesharmonie betrachtet werden kann und oft nur zu neuen Zweifeln und Unsicherheiten Anlaß gibt.

Niboyet[41]) verwirft die Rückverweisung, „comme étant la négation de la base même du droit international privé". Die Rückverweisung kann die Schwierigkeiten nicht beseitigen, die aus der Verschiedenheit der Kollisionsnormen entstehen. Es scheint, daß die Rückverweisung die Aufgabe des Richters erleichtere durch die Erweiterung des Wirkungsfeldes des Heimatgesetzes, während sie die Grundlage des internationalen Privatrechtes selbst in Frage stellt. Es ist schon versucht worden[42]), da die Rückverweisung als Prinzip abzulehnen ist, die entstehenden Gesetzeskonflikte durch eine bessere Methode zu vermindern. Man versuchte, den Gerichten desjenigen Staates Kompetenz zu erteilen, dessen Gesetz über das Rechtsverhältnis entscheidet. Die Gerichte eines Staates sollten sich aber nur dann als zuständig erklären, wenn ihre Kollisionsnormen sie für anwendbar erklären. So sagt v. Bar[43]): „Die Gerichte eines Staates haben zu entscheiden, dessen Gesetz dem in den Streit gebrachten Anspruch die letzte maßgebende Gestalt gegeben haben." Sofern der Richter nur sein eigenes Recht zu berücksichtigen hat, verschwindet die Frage der im ausländischen

---

[40]) Niboyet: Manuel de d. i. p. S. 492.

[41]) Niboyet: S. 490. Aehnlich Buzatti: La theoria del rinvio è illogica, antigioridica, eronea a assurda... Il Rinvio. S. 137.

[42]) Potu: S. 326 ff.

[43]) v. Bar: Theorie und Praxis des IPR. B. 2. S. 427.

Rechte enthaltenen Rückverweisung. Die Auswirkungen dieser Auffassung sind aber nicht annehmbar. So müßte z. B. nach dieser Auffassung ein in Argentinien wohnender Franzose einem französischen Gerichte unterstehen. Die daraus entstehenden Schwierigkeiten wären unübersehbar. Bei dem Fall eines in Frankreich wohnenden Engländers müßte man zu folgendem Resultate gelangen: Die englischen Gerichte, die vom Standpunkt des Wohnsitzprinzipes ausgehen, würden sich über das Personalstatut dieses Engländers nicht aussprechen können, während die französischen Gerichte, die auf dem Prinzipe des Heimatrechtes basieren, sich als unzuständig erklären müßten, da für den betreffenden Fall nach ihrer Meinung das englische Recht zuständig ist. Dieser Engländer würde somit gar keinen Richter finden. Diese Auffassung würde zur Aufhebung des Nachteiles der Rückverweisung führen, um zu neuen Schwierigkeiten zu führen.

Wie Lewald[44]) sagt, ist es zwecklos, mit der Lehre der Rückverweisung die Unzulänglichkeiten des heutigen internationalen Privatrechtes verdecken zu wollen. Obwohl die Wissenschaft die Rück- und Weiterverweisung ablehnt, weil es als überstaatliches Prinzip nicht zu einer einheitlichen Lösung führt, so darf dabei doch nicht übersehen werden, daß sie für gewisse Fälle die einzige Möglichkeit zur Vermeidung von Kollisionen bildet. Eine Lösung von Gesetzeskollisionen falls sie überhaupt möglich ist, könnte nur durch ein allgemein verbindliches internationales Privatrecht geschaffen werden, sei es durch Vertrag oder als Folge einer langsamen Annäherung der in Kraft stehenden Kollisionsnormen der verschiedenen Staaten zueinander. Nur ein überstaatliches internationales Privatrecht könnte bis zu einem gewissen Grade zu einer endgültigen Lösung der Gesetzeskollisionen führen, wodurch das Problem der Rückverweisung aufgehoben wäre.

Zu dem Problem einer für sämtliche Angehörigen der zivilisierten Staaten geltenden einheitlichen und übernationalen Rechtsordnung hat sich u. a. Wieland geäußert[45]): „Das künf-

[44]) Lewald: Recueil. S. 145.

[45]) Scherrer: Zur Frage der Vereinheitlichung des Privatrechtes. 1939. Vgl. auch Burckhardt in Festgabe für Eugen Huber. 1923.

tige Weltrecht bleibt eine Utopie und ist ein Traum und nicht einmal ein schöner. Auf der nationalen Differenz beruht seine Lebenskraft, sein Gedeihen und sein innerer Reichtum." Wieland vertritt die Ansicht, daß die Vereinheitlichung der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechtes mittels Staatsverträgen weiter ausgearbeitet werden soll. Es dürften aber durch eine Vereinheitlichung nicht alle Schwierigkeiten verschwinden, die Möglichkeit würde weiter bestehen, daß die vertraglichen Kollisionsnormen verschieden interpretiert würden. Auch dürfte sich insofern eine Schwierigkeit ergeben, daß die Staaten nicht gerne auf die eigenen Kollisionsnormen verzichten, um sich einer von einer Mehrheit von Staaten beschlossenen Regelung anzuschließen. So haben sich die anglo-sächsischen Staaten grundsätzlich geweigert, an den Haager Konventionen mitzuarbeiten. Die Vereinheitlichung der Kollisionsnormen verlangt Opfer und ein Entgegenkommen der einzelnen Staaten. Jeder Staat hat seine Rechtsauffassung, die er wahren will, so daß unmöglich von einem einzigen Standpunkt aus kompromißlos an ein international-privatrechtliches Problem herangetreten werden kann. Homberger[46]) bezeichnet mit Recht die „internationalistische Lehre", die im internationalen Privatrecht ein überstaatliches Recht erblickt, durch das die Privatrechtssphäre der einzelnen Staaten begrenzt wird, als ein „schönes Gedankengebäude aber nichts Reales."

Die Entwicklung der Technik und die ungeahnte Entwicklung des Handels um die Jahrhundertwende ließen erst die Ansätze zur Aufstellung gewisser internationaler Normen aufkommen, umsomehr als die Beziehungen der Privatpersonen untereinander vor den Landesgrenzen nicht mehr Halt machten. Der Versuch wurde unternommen, die Normen des internationalen Privatrechtes für alle oder für einen Teil von Staaten zu vereinheitlichen, um damit zu erreichen, daß, wenn immer möglich, bei Kollisionen über die anzuwendende Rechtsordnung die maßgebende Gesetzgebung überall nach den gleichen Gesichtspunkten bestimmt werde. So haben sich einzelne Staaten bereit ge-

[46]) Die oblig. Verträge im I. P. R. nach der Praxis des Bg. Abhandl. zum schweiz. Recht. NF. Heft 5. S. 5.

funden, insbesondere für Fragen des Familienrechtes, internationale Konventionen abzuschließen. Es wurden in Haag Konventionen abgeschlossen, die aber längst nicht alle Probleme umfaßten und auch nie universal wurden, da eine Reihe von Staaten den Konventionen nie beitraten.

Die Rechtsvereinheitlichung ist zum großen Teil immer von politischen Strömungen und den wirtschaftlichen Verhältnissen abhängig. Auch haben die durch das Institut für Vereinheitlichung des Privatrechtes in Rom ausgearbeiteten Projekte wegen ihren ausgesprochen nationalistischen Tendenzen recht wenig Beachtung gefunden. Auf Grund der gegenwärtigen verworrenen Lage wird sich ein jeder sagen müssen, daß vielleicht noch nie die Voraussetzungen für einen Ausbau der Rechtsvereinheitlichung so ungünstig waren wie jetzt.

Dennoch ist und bleibt die Rechtsvereinheitlichung das zentrale Anliegen aller auf das internationale Privatrecht bezogenen Theorie und Praxis. Sie ist vom Boden der einzelnen nationalen Gesetzgebungen aus wie auch durch Abschluß internationaler Konventionen kaum zu verwirklichen.

Soll man nun alle Hoffnung auf eine annähernde Erreichung des grundsätzlich unerreichbaren Ideals der Gesetzesharmonie im internationalen Privatrecht aufgeben? Die zwischen den internationalen Privatrechten der einzelnen Staaten bestehenden Lücken sollten vom Richter ausgefüllt werden. Art. 1 des schweizerischen ZGB drückt diese Ueberlegung bereits aus: Darnach soll der Richter „nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde". So sollte dem Richter auch auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts als Maßstab die Ueberlegung dienen, ob die Maxime seiner Entscheidung in ein allen Nationen gemeinsames Recht aufgenommen werden könnte.